

Fábio Ulhoa Coelho
Tiago Asfor Rocha Lima
Marcelo Guedes Nunes
coordenadores



Reflexões sobre o
PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

2013



347.7 (0A)

R3325



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
 CEP 05413-909
 PABX: (11) 3613 3000
 SACJUR: 0800 055 7688
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
 saraivajur@editorasaraiva.com.br
 Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
 Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
 Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE
 Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
 Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
 Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)
 Rua Monsenhor Clara, 2-55/2-57 — Centro
 Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
 Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
 Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
 Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
 SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
 Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
 Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
 Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
 Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
 Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
 Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
 Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS
 Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
 Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
 Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
 Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
 Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
 Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
 Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
 Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
 Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
 Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
 Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
 Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
 Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
 Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
 Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
 Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 — Porto Alegre

SÃO PAULO
 Av. Antártica, 92 — Barra Funda
 Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

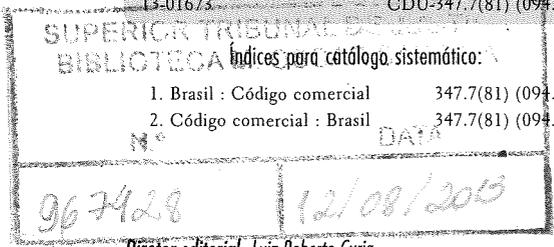
134.972.001.001

ISBN 978-85-02-20265-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
 (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Coelho, Fábio Ulhoa
 Reflexões sobre o projeto de código comercial / Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores). — São Paulo : Saraiva, 2013.
 Bibliografia.
 I. Direito comercial - Legislação - Brasil I. Lima, Tiago Asfor Rocha. II. Nunes, Marcelo Guedes. III. Título.

13-01673-____ CDU-347.7(81) (094.4)



Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia
 Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
 Daniel Pavani Naveira
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
 Claudirene de Moura Santos Silva
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
 Juliana Bormio
 Luciene Ruzzi Brocchi
Serviços editoriais Maria Cecília Coutinho Martins
 Elaine Cristina da Silva
Capa Guilherme P. Pinto
Produção gráfica Marli Rampim
Impressão Ed.Loyola
Acabamento Ed.Loyola

967428

Data de fechamento da edição: 13-3-2013

Dúvidas?
 Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
 A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O Projeto do Novo Código Comercial e a Desconsideração da Pessoa Jurídica

sys - 967428

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS*

1. Considerações iniciais sobre o tema no Direito vigente

No Direito brasileiro vigente, a desconsideração da pessoa jurídica – embora não se utilize na lei tal expressão – é tratada, no Código Civil, no seguinte dispositivo:

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

Esse dispositivo não tem semelhante nem nas principais codificações estrangeiras nem no Código de 1916. Ao contrário, destoa inteiramente do art. 20 do diploma de Beviláqua, que dizia: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Por certo, isso não significou que, a partir do estatuto civil de 2002, as pessoas jurídicas deixaram de ter autonomia em relação às pessoas físicas que as compõem ou as instituíram.

O que houve foi a relativização desse preceito, por meio da adoção, pelo Código Civil, da *teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, expressão nacional da *disregard doctrine* ou *disregard of the legal entity* do direito anglo-americano, da *Durchgriff bei juristischen Personen* da doutrina alemã, da *mise à l'écart de la personnalité morale* dos franceses, do *superamento della personalità giuridica* dos juristas italianos, ou da *desestimación de la personalidad jurídica* dos autores de língua espanhola, mediante a qual se busca impedir o uso indevido ou lesivo da pessoa jurídica para prejudicar terceiros ou para locupletar-se sem causa aceitável, desconsiderando

* Mestre e Doutor em Direito (PUCSP). Professor de Cursos de Graduação (UFRN) e Pós-Graduação (UNI-RN) em Direito. Desembargador Federal (TRF5).

momentânea e especificamente sua autonomia patrimonial, de modo a atingir diretamente aqueles que a estão manipulando.

2. Origens da teoria da desconsideração da pessoa jurídica

Desde o século XIX, a doutrina passou a se preocupar com o mau uso da pessoa jurídica, procurando meios para evitar tal situação. HAUSSMANN e MOSSA, com sua teoria da soberania, buscaram, embora sem alcançar pleno êxito, imputar responsabilidade ao controlador de uma sociedade de capitais em caso de obrigações não cumpridas¹.

Em suma, já nessa época se percebeu a necessidade de relativizar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica de modo a impedir resultados contrários ao direito.

Dentro desse contexto, o Código alemão, por seu § 43, ao cuidar da privação da capacidade jurídica (*Entziehung der Rechtsfähigkeit*), estabelece que uma associação pode perder a personalidade se vier a prejudicar o bem comum, dedicar-se a fins econômicos, caso não tivessem eles sido previstos, ou, caso dependa de concessão pública, desviar-se de suas finalidades estatutárias². Não se trata, evidentemente, do acolhimento da teoria da desconsideração, mas sem dúvida demonstra que o legislador tedesco desde muito cedo fincou um marco contra a utilização lesiva ou indevida da pessoa jurídica.

1 Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milão: Giuffrè, 1964, p. 164.

2 "§ 43 – **Entziehung der Rechtsfähigkeit**

(1) Dem Verein kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstands das Gemeinwohl gefährdet.

(2) Einem Verein, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

(3) (weggefallen)

(4) Einem Verein, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt."

Vale ressaltar que o § 56 do BGB impõe um número mínimo de sete membros para o registro da associação, e que o § 73 da mesma codificação determina que, se esse número cair abaixo de três, poderá levar a associação à privação de sua capacidade jurídica. Civilistas tedescos enxergam nesses dispositivos barreiras contra a utilização da pessoa jurídica como fachada para atividades indevidas de pessoas físicas, e eles são invocados na doutrina da *Durchgriff* (cf. Ulrich Drobnig, *Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand*, em *La personnalité morale et ses limites*, Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.), Paris: LGDJ, 1960, p. 27/50, esp. p. 43.

Mas foi nos países da *common law* que a desconsideração desabrochou, até porque nos do sistema romano-germânico só muito dificilmente os fatos têm força bastante para gerar novos princípios, independentemente do que diga a legislação³. Quase todos os autores consideram que o primeiro caso de aplicação da *disregard doctrine* foi o caso *Salomon vs. Salomon*, na Inglaterra, em 1897⁴.

Esse processo foi julgado pela Câmara dos Lordes, que alterou decisões anteriores das instâncias precedentes, a Corte de Apelo e a Corte da Chancelaria, as quais haviam estabelecido uma novidade em termos judiciais: Aron Salomon era um próspero comerciante individual na área de calçados. Depois de mais de trinta anos de mercancia, resolveu constituir uma *limited company* (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo a ela seu fundo de comércio. Em tal companhia, tinha ele vinte mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família (mulher, filha e quatro filhos), apenas uma cada. Além das ações, Aron Salomon ficou com diversas garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia, denominada A. Salomon and Co., Ltd. Em um ano, esta tornou-se inviável, entrando em liquidação, na qual os credores sem garantia restaram insatisfeitos. Para proteger os interesses desses credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aron Salomon, já que a companhia nada mais era do que uma fachada para a atividade deste, uma vez que os demais sócios, além de seus familiares, tinham participação irrelevante. As duas primeiras instâncias desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Aron Salomon a responsabilidade pelos débitos dela, mas tais decisões findaram reformadas, como dito, pela Casa dos Lordes, a qual prestigiou a tradicional autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída. Entretanto, ficou aí lançada a semente da *disregard doctrine*. Nas palavras de BEN A. WORTLEY,

“A teoria segundo a qual um estabelecimento é visto como uma *pessoa* distinta daquelas que o compõem, após o caso *Salomon*, passou a sofrer nuances na Inglaterra, pelas decisões e leis que buscaram ver além do fato legal da ‘incorporation’ para considerar a realidade econômica, e levar em consideração as pessoas daqueles que tinham em mãos os bens da sociedade”⁵.

3 Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 200.

4 Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 349; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de direito comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 239; Flávia Lefèvre Guimarães, *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 21.

5 Ben A. Wortley, De la tendance qui existe, selon le droit anglais, à reconnaître la réalité constituée par les individus que constituent des groupements juridiques, in *La personnalité morale et ses limites*, Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.), Paris: LGDJ, 1960, p. 53-95. O trecho citado está na p. 66. Nas p. 63-66 trata-se do caso *Salomon* detalhadamente, entre outras coisas com transcrição de parte do relatório do seu julgamento final por Lord Herschell.

Antes disso, em 1809, houve, nos Estados Unidos, o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, no qual se discutia o art. III, seção 2, da Carta estadunidense, em que está prevista a competência dos tribunais federais para litígios entre cidadãos de diferentes estados da União⁶. Seria tal disposição extensiva às pessoas jurídicas, isto é, poderia ser o banco em questão considerado cidadão do Estado-membro que o havia criado? Nesse precedente, o famoso Juiz MARSHALL, da Suprema Corte americana, conheceu do caso e “levantou o véu da pessoa jurídica” (daí a expressão *piercing the corporate veil*, utilizada na doutrina de língua inglesa), tomando em consideração os indivíduos integrantes da sociedade bancária⁷.

Não foi propriamente o *leading case* no tema – até porque o caso não girava sobre a autonomia patrimonial da sociedade, sendo só uma discussão sobre a competência da justiça federal americana⁸ –, e sim uma primeira manifestação jurisprudencial que vislumbrou além da pessoa jurídica e tomou em conta as características individuais dos seus integrantes^{9 e 10}.

6 "Artigo III

[...]

Seção 2

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de *impeachment*, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei" (No sítio <<http://www.consulado-americano-rio.org.br/consport.htm>>).

7 Joseph M. Sweeney, *Droit des États-Unis*, in *La personnalité morale et ses limites*, Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.), Paris: LGDJ, 1960, p. 97-112, esp. 100-101.

8 Maurice I. Wormser, *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, Washington: Beard Books, 2000, p. 45-46.

9 Alexandre Couto e Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999, p. 32.

10 Maurice I. Wormser, *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, Washington: Beard Books, 2000, p. 45.

Seja como for, a partir da jurisprudência anglo-americana é que se desenvolveu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, embora em muitos outros países viesse também a fincar raízes¹¹.

Conforme FÁBIO ULHOA COELHO, o direito inglês, por decorrência do caso Salomon, foi o primeiro ordenamento a ter norma correspondente ao postulado da superação da personalidade jurídica, o *Companies Act*, de 1929, reafirmado em sua revisão e consolidação de 1948, e no *Insolvency Act*, de 1986¹². Ainda segundo o mesmo autor, não existe dispositivo específico similar no direito americano, mas há ali, e desde o século XVI, instrumentos para coibir atos fraudulentos como os visados pela *disregard of the legal entity*, por meio da adoção de quatro princípios da *veracidade* (o devedor não pode enganar o credor), da *primazia* (os credores devem receber antes da distribuição de dividendos, lucros ou remuneração aos próprios sócios), da *paridade* (os credores devem ser tratados igualmente) e da *desobstrução* (o devedor não pode dificultar a cobrança), que autorizam, em caso de fraude, a responsabilização do sócio por obrigação da sociedade¹³.

No plano doutrinário, merecem destaque alguns trabalhos fundamentais, como o de WORMSER, *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, vindo a lume pela primeira vez em 1927; o de CHAUVEAU, *Les abus de la personnalité morale des sociétés*, publicado na *Revista de Direito Comercial* francesa de 1938 (bem como a tese de AUDINET, "Personne morale et personnes physiques dans les sociétés de commerce", de 1950); o de ROLF SERICK, *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*, publicada em alemão originalmente em 1953; e o de PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law"*, de 1964. No Brasil, a primazia é provavelmente do artigo de RUBENS REQUIÃO, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", aparecido em 1969.

Portanto, a tese da desconsideração, ainda que surgida no estrangeiro, já vicejava entre nós, primeiro na doutrina, depois na jurisprudência, e já havia mes-

11 Na França, por exemplo, a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas passou a sofrer sérios questionamentos após a Primeira Grande Guerra, com a superação dos dogmas estritamente liberais do Direito Civil naquele país, e, principalmente após a entrada em vigência das normas do Direito Comunitário Europeu, passou-se a modernizar a concepção clássica da sociedade, passando a personalidade jurídica a ser vista como uma técnica ordenada a fins essencialmente práticos e, portanto, limitada por esses mesmos fins. Cf. Jean Foyer, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, em *La personnalité morale et ses limites*, Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.), Paris: LGDJ, 1960, p. 113-131, esp. 127 e 131.

12 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 50-51, forte nas lições de Verrucoli e Farrar-Hannigan.

13 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, v. 2, p. 51, aí com apoio em Clark.

mo sido introduzida na legislação nacional, ainda antes da edição do Código Civil de 2002.

Em verdade, é desnecessário haver dispositivo legal para que se possa aplicar tal teoria¹⁴. O Judiciário, diante do caso concreto, pode, mesmo sem base normativa específica, verificar o uso indevido ou lesivo da pessoa jurídica, e tomar as providências necessárias para impedi-lo.

3. A desconsideração da pessoa jurídica na legislação nacional anterior ao Código Civil de 2002

Nada obstante o sustentado linhas acima, o legislador nacional adotou a teoria da desconsideração em pelo menos dois dispositivos, a saber os arts. 28 (*caput* e § 5º) da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)¹⁵, e 18 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste)¹⁶, ainda que com certas deficiências, consoante se procurará demonstrar.

Entretanto, há autores que pretendem vislumbrar, em algumas normas legais ainda anteriores às supracitadas, a presença, ainda que embrionária, do instituto da desconsideração, o que, *data venia*, parece exagero.

Diz-se, por exemplo, que o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷

14 Tanto assim que sua origem se deu justamente fora da *lex scripta*.

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

[...]

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

16 "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."

17 "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."

agasalha a teoria da desconsideração¹⁸. Ele determina a solidariedade, em relação às obrigações trabalhistas, das empresas que porventura integrarem um grupo econômico, independentemente da ocorrência, *in casu*, de abuso ou de fraude.

Se assim é, não se trata de desconsideração da pessoa jurídica, mas de simples hipótese legal de solidariedade obrigacional, como explica ALEXANDRE COUTO SILVA:

"primeiro, porque não se verifica a ocorrência de nenhuma hipótese que justifique sua aplicação como fraude ou abuso; segundo, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; terceiro, porque se trata de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo"¹⁹.

Quer dizer: não se pressupõe a manipulação da pessoa jurídica. Apenas se estipula uma regra de proteção para o empregado, dando a este uma garantia consistente na responsabilidade solidária das várias empresas integradas em um grupo empresário. Consequentemente, não se desconsidera, nem se suprime por um momento que seja a personalidade jurídica de nenhuma empresa. A CLT, nesse ponto, só faz estender, a todas as empresas de um grupo, em matéria laboral, os riscos da atividade econômica de qualquer das integrantes dessa associação empresarial.

Por maior força de razão, não se pode concordar com a alegação de que os arts. 10 e 16 do Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (antiga Lei das Sociedades Limitadas, hoje revogada)²⁰, 117 e 158 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas)²¹, e 135 do Código Tributário Nacional

18 Flávia Lefèvre Guimarães, *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais*, p. 35; Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 170.

19 Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999, p. 112.

20 "Art. 10. Os sócios-gerentes ou os que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

[...]

Art. 16. As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais."

21 "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

-
- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
 - b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
 - e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral;
 - f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
 - g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;
 - h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Alínea incluída pela Lei n. 9.457, de 5-5-1997.)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

[...]

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto."

(Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966)²² sejam expressões normativas da *disregard doctrine*, como outros autores sustentam.

Em todos os dispositivos antes referidos, o que se vê são casos de responsabilidade civil pessoal de sócios, administradores ou assemelhados, e ponto²³. Em nenhum deles se prevê hipótese de desvirtuamento dos fins da pessoa jurídica. Simplesmente se regula a situação das pessoas físicas, componentes desta, que porventura atuem abusivamente, de modo lesivo, contrariamente à lei ou aos atos constitutivos, o que lhes acarreta responderem diretamente.

O pioneirismo, portanto, em relação à acolhida legal, entre nós, da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, foi realmente do Código de Defesa do Consumidor. As regras ali traçadas foram estendidas a outras relações, além das de consumo, por normas posteriores: no tocante a infrações contra a ordem econômica, a Lei n. 8.884/94, já mencionada, na prática reproduziu o CDC; depois, veio a aplicação da *disregard doctrine* relativamente às lesões ao meio ambiente (pelo art. 4º da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998²⁴), também verdadeira repetição, *mutatis mutandis*, do já referido e antes trasladado § 5º do art. 28 do estatuto consumerista.

4. Excepcionalidade da desconsideração da pessoa jurídica

O Código Civil de 2002 alargou ainda mais a aplicação dessa possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica – já não faz mais sentido, salvo pelo costume, chamá-la de doutrina, porquanto agora se acha plenamente inserida no direito

22 "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:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."

23 Nesse sentido, Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, p. 90-99; Amador Paes de Almeida, *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 164-165; Simone Gomes Rodrigues, *Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1994, p. 17; Luciano Amaro, *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 168-182, jan./mar. 1993, p. 175; FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES, *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 64; Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 88.

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

positivo – a qualquer caso em que seja cabível, e não mais apenas às relações de consumo, ou a lesões à ordem econômica ou ao ambiente.

Diante desse elastério, cuja dimensão se pode aferir facilmente cotejando a linha adotada pelo CDC e leis que o reproduziram, de um lado, e a adotada pelo diploma civil em vigor, é preciso refletir, para situar de modo mais preciso o que realmente se entende por desconconsideração da pessoa jurídica, para melhor compreender e aplicar as regras inseridas no direito positivo.

De uma coisa não se duvide: a importância que a lei reconhece à pessoa jurídica não pode restar arranhada pela adoção normativa, entre nós, da *disregard of the legal entity*. A autonomia (especialmente a patrimonial) da personalidade jurídica em relação à personalidade dos indivíduos que nela estão envolvidos é ainda a regra, mesmo com a não repetição, no Código novo, de enunciado similar ao do art. 20 do diploma de 1916, que dizia terem as pessoas jurídicas existência distinta da dos seus membros.

Aliás, para deixar clara essa circunstância – que a autonomia da pessoa jurídica é a regra, e sua desconconsideração a exceção²⁵ –, há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, o primeiro dos quais o Projeto de Lei n. 7.160, de 2002, da Câmara, de autoria do Deputado RICARDO FIUZA, que foi o relator final do projeto do Código Civil de 2002 naquela Casa, e que, se aprovado, repetirá no *caput* a velha regra do art. 20 da codificação revogada, passando a atual cabeça do artigo (com algumas modificações) para a condição de § 1º (e acrescentando mais dois parágrafos com outros detalhamentos)²⁶.

A jurisprudência e a doutrina posteriores ao Código Civil de 2002 têm afirmado que a autonomia da personalidade jurídica em relação às de seus sócios ou integrantes se mantém.

25 “A pessoa jurídica é uma premissa básica da atividade negocial, e tem de haver fortes razões para que um tribunal a ignore” (Robert W. Hamilton, *The law of corporations*, 5. ed., St. Paul: West Group, 2000, p. 134).

26 “Art. 50. As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.

§ 1º Nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso da personalidade jurídica, pode o juiz declarar, a requerimento da parte prejudicada, 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, que lhes deram causa ou deles obtiveram proveito, facultando-lhes o prévio exercício do contraditório;

§ 2º O requerimento deve indicar objetivamente quais os atos abusivos praticados pelos administradores ou sócios da pessoa jurídica;

§ 3º Nos casos de fraude à execução, não será desconconsiderada a personalidade jurídica antes de declarada a ineficácia dos atos de alienação, com a consequente excussão dos bens retornados ao patrimônio da pessoa jurídica.”

Permanecendo o apreço do ordenamento pela autonomia da personalidade jurídica, o que aconteceu, portanto, foi que ela, simplesmente, deixou de constituir dogma intocável, afinal, “deve ser usada para propósitos legítimos e não deve ser pervertida”²⁷. Assim, se os propósitos da entidade forem desvirtuados, não se pode fazer prevalecer a regra da separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e os de seus membros.

A desconsideração, dessarte, é meio de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais foi criada, é mecanismo para limitar e coibir seu uso indevido²⁸. Como já foi dito e repetido, com apoio na mais atilada doutrina, a personalidade decorre do direito objetivo, e este não estaria atendendo ao bem comum se a erigisse em monolito inquebrável, mesmo quando determinadas condições indicassem o contrário. O desvio da entidade jurídica de seus fins, de modo ilegítimo, abusivo, danoso, faz com que deixe de existir, ainda que momentaneamente e apenas para determinados efeitos, razão jurídica para a separação patrimonial²⁹.

Em outras palavras, o conceito normal de pessoa jurídica

“será sustentado somente enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. De outra parte, sua perversão para usos impróprios e fins desonestos (e. g., para perpetrar fraudes, burlar a lei, escapar de obrigações) não será admitida. Entre uma e outra há várias situações em que os tribunais podem desconsiderar a pessoa jurídica para obter um resultado justo”³⁰.

Só comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica, é que cabe falar em desconsideração, e conseqüente sacrifício da respectiva autonomia patrimonial, olvidando a separação entre sociedade e sócios³¹.

Necessário sempre frisar que a desconsideração não destrói a pessoa jurídica, que remanesce integralmente. Só no caso concreto, isto é, em determinado momento e para determinados fins se procede ao descarte da sua autonomia. O juiz “se limita a confinar a pessoa jurídica precisamente à esfera que o Direito lhe reservou”³².

27 Maurice I. Wormser, *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, Washington: Beard Books, 2000, p. 9.

28 Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milão: Giuffrè, 1964, p. 195.

29 Simone Gomes Rodrigues, Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 7, jul./set. 1994.

30 Harry G. Henn e John R. Alexander, *Law of corporations*, 3. ed., St. Paul: West Group, 1983, p. 346.

31 Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, trad. José Puig Brutau, Barcelona: Ariel, 1958, p. 241.

32 Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, trad. José Puig Brutau, Barcelona: Ariel, 1958, p. 242.

Com efeito, a *disregard of the legal entity*

“não visa destruir ou questionar o princípio de separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios, mas, simplesmente, funciona como mais um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso”³³.

O valor que a personalização das pessoas jurídicas tem para o direito e o progresso e o desenvolvimento, sobretudo econômico, que com isso se alcança, têm um grande peso. Quando esse valor conflitar com outros, *v.g.*, a satisfação dos credores, ter-se-á de fazer opção pelo mais importante. Em geral, os benefícios trazidos pela existência da pessoa jurídica prevalecem, por isso que normalmente prepondera a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço³⁴.

Não se pode, portanto, fazer a aplicação indiscriminada da desconsideração, sob pena de abalar seriamente o instituto da pessoa jurídica – uma das maiores e mais importantes criações do direito em todos os tempos –, e ameaçar todo o desenvolvimento social, cultural e econômico que dele decorreu.

Por isso, doutrina e jurisprudência preponderantes têm buscado estabelecer rígidos parâmetros para a incidência da desconsideração, a fim de que ela, que surgiu para aperfeiçoar o sistema jurídico, não venha a tornar-se prejudicial a ele.

5. Um acórdão notável do Supremo Tribunal Federal a respeito da manutenção da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em relação a seus integrantes

De conseguinte, a ideia de que o princípio da autonomia patrimonial, encapsulado no art. 20 do Código Civil de 1916, tenha sido revogado pela não repetição de preceito similar no Código Civil vigente não pode sequer ser considerada.

Porém, há mais.

33 Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999, p. 35.

34 "Quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária, abre-se oportunidade para a desconsideração sob pena de alteração da escala de valores" (Domingos Afonso Kriger Filho, Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 78-86, jan./mar. 1995, p. 80).

Apreciando, em 2010, recurso extraordinário que discutia, com repercussão geral, a constitucionalidade da Lei n. 8.620, de 5 de janeiro de 1993, a qual continha dispositivo (art. 13 e seu parágrafo único) que possibilitava responsabilizar solidariamente, e com seus bens pessoais, o titular de firma individual e os sócios de empresas por quotas de responsabilidade limitada por débitos junto à Seguridade Social, disse o Supremo:

“[...]”

6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de *inconstitucionalidade material*, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, *afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição*. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC³⁵.

Com isso, restou proclamado, pelo Excelso Pretório – e com efeito vinculante, registre-se – que o legislador não pode, sob pena de infração aos arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição da República, eliminar a *autonomia patrimonial*³⁶ da pessoa jurídica em relação a seus sócios.

Por conseguinte, mesmo que tivesse sido – e há fortes motivos para entender que não foi – a intenção de o recodificador de 2002 revogar o art. 20 do CC/1916, ao não repetir preceito símile no texto novo, isso não seria possível, por inconstitucional.

Dessa sorte, pode-se dizer que o STF *blindou* o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica contra inovações do legislador, devendo-se, pois, inter-

35 RE 562276, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 3-11-2010, Repercussão Geral – Mérito, *DJe*, 027 divulg. 9-2-2011, public. 10-2-2011, ement. v.-02461-02, p-00419; *RDDT* n. 187, 2011, p. 186-193; *RT* v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442. Grifou-se.

36 A propósito do *princípio da autonomia patrimonial* da pessoa jurídica, ver, por todos, as considerações de Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 39-41.

pretar o Código Civil em vigor como se contivesse norma nesse sentido (ou, metaforicamente, como se, nesse ponto, valesse o texto de Beviláqua).

Dito isso, prossiga-se na análise.

6. Requisitos para a desconsideração da pessoa jurídica

Exige-se, em primeiro lugar, a personificação, isto é, a existência de uma pessoa jurídica regular, reconhecida pelo ordenamento, devidamente registrada. Há quem entenda que a *disregard* pode ser aplicada às pessoas de fato e similares. Mas isso é um contrassenso: se não há pessoa jurídica considerada, não se pode desconsiderá-la. Ela já está assim. Ou seja, nessas pessoas irregulares os sócios já são diretamente responsáveis³⁷.

Depois, é preciso haver a prova de que a finalidade da pessoa jurídica foi desviada, o que se revela na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial³⁸. Ainda, por uma questão prática, é necessário que se cuide de uma sociedade (ou outra qualquer espécie de pessoa jurídica) na qual os sócios ou componentes tenham responsabilidade cercada de limites, o que ocorre principalmente no caso de sociedades anônimas ou limitadas. Não que não se pudesse desconsiderar a personalidade em outros casos, mas simplesmente pelo fato de que é a limitação de responsabilidade o grande escudo de que se valem sócios inescrupulosos para praticar desvios e livrar-se de posterior ataque amplo a seu patrimônio pessoal. Se a sociedade é de responsabilidade ilimitada, ela de per si já não oferece aos seus membros esse véu protetor que os encoraje a fazer o que não devem, porque eles responderão ilimitadamente com seus patrimônios mesmo sem a desconsideração³⁹.

37 Amador Paes de Almeida, *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de direito comercial*, p. 158.

38 Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999, p. 34; Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional, in *Problemas de direito civil constitucional*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 261; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, v. 2, p. 46; Genacéia da Silva Alberton, A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 7-29, esp. p. 15, jul./set. 1993.

39 Alexandre Couto Silva, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1999, p. 26; Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional, in *Problemas de direito civil constitucional*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 261.

Realmente, o *punctum dolens* diz respeito às pessoas jurídicas nas quais há uma legítima limitação da responsabilidade dos sócios ou integrantes, porque se houvesse sempre a possibilidade de responsabilidade ilimitada, mesmo sem fraude nem desvio, a atividade econômica estaria condenada.

É que existem riscos e custos na atividade econômica, e essa temática não esteve alheia à mencionada decisão do Supremo que considerou inconstitucional a violação ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tanto que ali foi invocado o art. 170, e seu parágrafo único, da Carta Política.

Como pontifica FÁBIO ULHOA COELHO,

“muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade (...).

Um outro aspecto da questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços no mercado. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, *socializa* as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos”.

Tal é a doutrina em nosso país dominante, dita *subjetivista*. Mas outra corrente, designada como *objetivista*, liderada no Brasil por FÁBIO KONDER COMPARATO, entende que a primeira linha está equivocada, por considerar que a *confusão patrimonial* é o requisito primordial para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica⁴⁰.

Data venia, conquanto seja a confusão patrimonial uma inegável característica da maior parte das situações capazes de ensejar a desconsideração, por assim dizer um sintoma da pessoa jurídica desviada, podendo mesmo servir à prova necessá-

40 Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 274-275.

ria à decretação da *disregard*, não se afigura como o fundamento primordial da aplicação desta.

Com efeito, há casos de desvio da função da pessoa jurídica nos quais não ocorre propriamente confusão de patrimônios entre a entidade e seus membros, mas ainda assim existe manipulação maliciosa, lesiva, autorizadora da superação da autonomia patrimonial⁴¹.

A fraude e o abuso de direito, relacionados à autonomia patrimonial, portanto, têm papel de destaque para que se possa levantar o véu da pessoa jurídica.

A fraude, ou seja, o manejo de artifícios para prejudicar terceiros, revela a distorção imposta à pessoa jurídica, pois ela não foi feita para permitir que seus integrantes se protejam de obrigações que teriam de cumprir, nem para fazer o que a lei lhes proíbe. Uma das suas manifestações mais frequentes está nos chamados negócios indiretos, aqueles em que as partes tentam obter um resultado que não é o fim próprio do negócio em causa⁴², mas é preciso ter em mente que isso não basta para a desconsideração, porque o uso da pessoa jurídica para fins diferentes dos que lhe são preordenados pode ser válido, desde que os objetivos buscados, mesmo atípicos, sejam lícitos⁴³. Tem de ocorrer a fraude à lei, na qual, além do artifício ou desvio, está principalmente presente sua ilicitude, ensejando, portanto, a desconsideração⁴⁴. Ademais, é preciso sempre, para que isso ocorra, que a fraude tenha que ver com a manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, porque, se esta comete fraude que não guarde relação com tal questão – *e.g.*, emitindo uma “nota fria” –, não se pode proceder à superação de sua personalidade⁴⁵.

Quanto ao abuso de direito, abrange qualquer ato que, por seus motivos ou por seus fins, vá contra a finalidade ou a função do direito que por tal ato se exerce, nos termos da clássica definição de LOUIS JOSSERAND⁴⁶. Diversamente da fraude, o ato é, a princípio, lícito⁴⁷, e não tem necessariamente propósito de pre-

41 Um bom exemplo nos fornece Fábio Ulhoa Coelho (em *O empresário e os direitos do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 217), do comerciante que, ao alienar seu estabelecimento, compromete-se a não se restabelecer no mesmo ramo, fazendo concorrência ao adquirente. Ele pode constituir uma pessoa jurídica para burlar essa cláusula, fazendo dela um escudo, um biombo atrás do qual se esconde, artificialmente, em prejuízo do adquirente.

42 Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 7. ed., Bogotá: Temis, 1987, v. 2, p. 17.

43 Tullio Ascarelli, *Le unione di imprese*, *Rivista di Diritto Commerciale*, v. XXXIII, p. I, 1935, p. 173.

44 Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 7. ed., Bogotá: Temis, v. 2, p. 18; Tulio Ascarelli, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas: Bookseller, 2001, p. 181.

45 Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

46 Louis Jossierand, *Del abuso de derecho y otros ensaios*, Bogotá: Temis, 1994, p. 5.

47 Luis Alberto Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 56-57.

judicar⁴⁸, mas foge a seus fins sociais e traz problemas para a comunidade. É preciso entender que mesmo o exercício dos direitos não é absoluto. Não pode ser enxergado apenas sob a ótica do seu titular, mas deve visar também, tanto quanto possível, à harmonia com o grupo social em que se insere. Assim, quando há vários modos legalmente possíveis de atuação para a pessoa jurídica, não se pode acreditar que a mais prejudicial aos terceiros, ou a menos benéfica para a sociedade, seja a escolhida. Essa má opção, ou mau uso da pessoa constitui o abuso de direito. Entretanto, para que possa dar ensanchas à desconsideração, tem ele também de estar vinculado à autonomia patrimonial.

Um detalhe que muitos não percebem é que, para que ocorra tipicamente a desconsideração da pessoa jurídica, é preciso que, na situação considerada, os sócios ou administradores não tenham como ser diretamente responsabilizados. Se a lei permite que o sejam, não se trata de desconsideração, mas sim de responsabilização direta, em virtude de ação *ultra vires*, isto é, além das forças do que lhes permitem os estatutos, ou por violação a estes, à lei etc. É o caso das normas tributárias ou societárias já referidas (CTN, Lei das S/A e outras), que muitos confundem com hipóteses de desconsideração, mas que não o são, até porque sua existência não faz necessária a suspensão da autonomia patrimonial da entidade, uma vez que, mesmo com esta, os responsáveis podem ser diretamente imputados por fato ou ilícito próprio⁴⁹.

7. Deficiências da legislação vigente anterior ao Código Civil de 2002

Como se viu, antes do Código Civil, as leis vigentes que tratam da desconsideração da pessoa jurídica são, basicamente, o CDC e aquelas que reiteraram seus termos (a Lei Antitruste e a dos crimes ambientais).

Pois bem.

No Código do Consumidor⁵⁰, o legislador resolveu enumerar as hipóteses em que é cabível a desconsideração da pessoa jurídica: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, falência, estado de insolvência e encerramento ou inatividade por má administração (*caput* do art. 28).

48 Rubens Requião, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969, esp. p. 16.

49 Nesse sentido, José Lamartine Corrêa Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520; Eduardo Zannoni, La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoría del "disregard", passim, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 165-180, jul./set. 1979.

50 E também, como já dito, na Lei n. 8.884/94, em seu art. 18.

A doutrina deplora a redação de tal dispositivo, por confusa e redundante. Por exemplo, quando estabelece que o ato praticado pelos administradores com excesso de poder é ensejador da desconsideração, e ao mesmo tempo lista como motivos desta a violação aos estatutos, ao contrato social ou à lei, entre outros, parece esquecer que, sendo os poderes dos administradores de uma pessoa jurídica definidos pelos estatutos, pelo contrato social ou pela lei, uma coisa necessariamente implicaria a outra. Portanto, seria muito melhor reunir sob denominação única a violação ao contrato social, ao estatuto, a infração à lei e os fatos ou atos ilícitos, pois daria tudo na mesma^{51 e 52}.

Mas o pior defeito que se aponta no art. 28 do CDC é o fato de que, quando os administradores agem assim (extrapolando os poderes que têm, e, portanto, violando o estatuto, o contrato social ou a lei, e dessa forma incidindo em fatos ou praticando atos ilícitos) podem ser responsabilizados por imputação direta, sem a necessidade de desconsideração alguma, justamente em face das multimencionadas normas do CTN e das leis societárias, e até mesmo, com base na mera legislação civil e isso já na vigência do Código de 1916, dados alguns dispositivos ali constantes, relativos à responsabilidade pessoal de sócios ou administradores⁵³.

Não fosse isso bastante, o CDC menciona ainda falência, insolvência e encerramento de atividades, provocadas por má administração, como situações capazes de permitir a aplicação da desestimação da personalidade jurídica da entidade. Não definiu, porém, essa expressão tão vaga – má administração –, deixando seus contornos para a doutrina⁵⁴, e esqueceu que determinadas condutas administra-

51 Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226; Domingos Afonso Krieger Filho, Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor, *Revista dos Direitos do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 78-86, jan./mar. 1995, p. 83.

52 Há autores, como Luiz Antônio Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: parte material*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 357-358) e Guilherme Fernandes Neto (*O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas práticas e publicidades abusivas*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 187-188), que consideram como meramente exemplificativas as hipóteses do *caput* do art. 28 do CDC, completadas pelo seu § 5º, de sorte que a demonstração de qualquer prejuízo de terceiros, em face da manutenção da autonomia patrimonial do ente, seria suficiente para aplicar a desconsideração, o que parece um exagero.

53 Genacéia da Silva Alberton, A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 7-29, esp. p. 20, jul./set. 1993; Simone Gomes Rodrigues, Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1994, p. 18; Luciano Amaro, Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 168-182, jan./mar. 1993, p. 175.

54 Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 53, após criticar o uso da expressão pelo *caput* do art. 28 do CDC, entende como *má administração* a conduta do administrador, eivada de erros, que desatenda às diretrizes técnicas da Ciência da Administração.

tivas muitas vezes somente se qualificam pelos seus resultados. A atitude, ainda que arriscada, heterodoxa ou divergente dos manuais de administração, mas que gera lucros e benefícios, pode ser considerada um lance de gênio, uma expressão de arrojo gerencial; providência similar, se dá errado e acarreta prejuízos é desatino, imprudência, despreparo, falta de planejamento, enfim... má administração.

Para enfeixar esta análise da desconsideração da pessoa jurídica à luz do Código do Consumidor (e das leis que seguiram sua linha), resta ver que, no § 5º do seu art. 28, permite-se ainda a superação da personalidade do ente sempre que isso obstar ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores⁵⁵. A amplitude da literalidade desse dispositivo tem sido objeto de forte censura dos que o têm analisado, pela falta de lógica⁵⁶, que levaria praticamente à desconsideração ampla da pessoa jurídica em matéria de relações de consumo (e ambientais, seria possível acrescer), propondo-se sua incidência apenas para a aplicação de sanções não pecuniárias⁵⁷, o que não casa com a dicção da regra, que fala em *ressarcimento*, indicando, portanto, pecúnia. Outros autores assumem posturas as mais cautelosas em face desse parágrafo, que propõem seja interpretado sempre à luz do *caput*, isto é, quando se verificarem os pressupostos ali elencados para a desconsideração, e quando a personalidade jurídica for obstáculo ao justo ressarcimento do consumidor. Se tal obstáculo, porém, não defluir do mau uso da personalidade, não caberia falar em *disregard*⁵⁸.

8. Problemas do Código Civil de 2002 em relação à desconsideração da pessoa jurídica

O Código rompe com a linha do CDC (seguido pelas Leis n. 8.884/94 e 9.605/98). Não lista hipóteses de fraude nem abuso, não perquire o prejuízo de terceiros ou a existência de obstáculos ao ressarcimento destes. Satisfaz-se com o

55 O art. 4º da Lei n. 9.605/98, já trasladado, faz o mesmo sempre que a personalidade jurídica for empecilho ao ressarcimento de prejuízos ao meio ambiente.

56 Luciano Amaro, Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 168-182, jan./mar. 1993, esp. p. 178.

57 Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional, in *Problemas de direito civil constitucional*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 272-273.

58 Luciano Amaro, Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 168-182, jan./mar. 1993, esp. p. 179; Simone Gomes Rodrigues, Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1994, p. 19; Genácia da Silva Alberton, Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 7-29, jul./set. 1993, esp. p. 21.

objetivo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Além disso, obviamente, alarga a abrangência da desconsideração para todas as relações de direito privado, e não apenas aquelas relativas a consumo, decorrentes de infrações à ordem econômica ou ao meio ambiente.

Aparentemente, portanto, o Código preferiu a teoria objetiva, nos moldes do pensamento de FÁBIO KONDER COMPARATO, à subjetiva, seguida até então⁵⁹, ainda que não da melhor forma, pelas normas que o precederam na matéria.

De fato, a redação original do dispositivo⁶⁰ foi alterada, porque em verdade levava praticamente à dissolução da pessoa jurídica, invadindo matéria a cargo do artigo codificado seguinte. Demais disso, desfazer integralmente a pessoa para todos os fins não seria correto nem necessário, bastando declará-la ineficaz para determinados efeitos concretos. Buscou-se direcionar a aplicação da superação da personalidade jurídica apenas no quadro da tríplice hipótese consagrada doutri-

59 "Comparato esclarece que, em nosso ordenamento, a base teórica do estudo da desconsideração da personalidade jurídica deve ser sempre o *poder de controle*. Somente *quem detém o poder de controle* da pessoa jurídica está aparelhado para manipular – ilicitamente – a referida pessoa.

Comparato critica a *confusão patrimonial* determinada pela Súmula 486 do STF [a qual admite a retomada do imóvel locado para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio com participação predominante no capital social]. Verbera, sobretudo, a *concepção subjetivista* de norte-americanos, alemães (Serick) e italianos (Verrucoli), aduzindo que tecnicamente adotam conclusões descabidas, na medida em que partem de pressupostos empíricos – ao invés de formularem uma teoria autônoma, o que somente seria possível se houvessem partido da própria caracterização ontológica da pessoa jurídica.

[Fábio Ulhoa] Coelho, por sua vez, manifesta suas críticas às formulações de Comparato, na medida em que, ausentes os pressupostos formais da pessoa jurídica, não pode haver desconsideração da mesma, já que pessoa jurídica não há. O que há é inexistência, de que então decorrerá a ineficácia de todos os atos. E aduz com razão que, nos Estados Unidos, a doutrina da desconsideração é aplicada majoritariamente para tutela de interesses de credores."

Cf. Teresa Cristina G. Pantoja, Anotações sobre as pessoas jurídicas, in *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

60 Projeto de Lei da Câmara n. 634, de 1975:

"Art. 50. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela houver se utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração" (BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão Especial – Código Civil, Quadro Comparativo – Código Civil (Lei n. 3.071/16) – Projeto de Lei n. 634/75 – Projeto de Lei da Câmara n. 118/84 (Emendas do Senado), s.d., p. 14).

nariamente: atos ilícitos ou abusivos, fraude à lei, lesão a terceiros. Contribuíram para tanto lições de diversos especialistas, como RUBENS REQUIÃO, FÁBIO KONDER COMPARATO, LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, MARCELO GAZZI TADDEI, LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ, ARNOLDO WALD e WILSON DO EGITO COELHO. Houve ainda a aprovação de uma subemenda de redação, deslocando a vírgula que constava após a expressão “Ministério Público” para depois do vocábulo “parte”, afastando-se, assim, a ambiguidade redacional, uma vez que a parte intervém no processo pela sua qualidade na relação litigiosa, enquanto o *Parquet* o faz sempre nas hipóteses previstas em lei⁶¹.

A desconsideração, portanto, na atual redação, veio positivada como forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primacial da própria *disregard doctrine*. Então, o direito positivo passou a acolher a teoria da desconsideração em seus reais contornos.

Mas ainda assim não ficou afastada a crítica. O tema, de fato, até por ainda relativamente novo entre nós, tem certas complexidades.

TERESA CRISTINA G. PANTOJA, que, dentre os comentaristas do art. 50 do Código Civil de 2002, parece ter sido quem mais elaboradamente tratou de sua problemática relativa à desconsideração da pessoa jurídica, explica, em trecho que merece traslado:

“O art. 50 do Novo Código Civil foi redigido sob inspiração da *teoria objetivista* de [FÁBIO KONDER] COMPARATO. Mas sua redação contém um lastimável exagero: enquanto que outros sistemas jurídicos apenas desconsideram a pessoa jurídica para alcançar os patrimônios dos sócios, *quando há fraude*, nosso Novo Código Civil parece atribuir ao juiz amplísimos poderes, até para decretar a *exclusão do sócio responsável*, ou a *dissolução da sociedade*.

É uma ruptura com um sistema iniciado em 1990, quando o art. 28 do CDC (...) estipulou que o órgão judicante está autorizado a *desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade*, se houver abuso de direito, desvio ou excesso de poder, lesando o consumidor; infração legal ou estatutária, por ação ou omissão, em detrimento do consumidor; falência, insolvência e congêneres; óbice ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores, pelo fato de o responsável ser pessoa jurídica.

Como esclarecem COELHO e COUTO SILVA, o objetivo atual da aplicação no Brasil da doutrina da *desconsideração da personalidade jurídica* não consiste em

61 Conferir a Emenda n. 14 ao art. 50, e o respectivo Parecer, em Brasil, Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei n. 634, de 1975, do Poder Executivo, que “institui o Código Civil”. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara de n. 118, de 1984, que institui o Código Civil, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 2000, p. 123.

destruir nem questionar o *princípio da autonomia da pessoa jurídica*, mas sim *reforçá-lo*, buscando compatibilizar a importância da pessoa jurídica para o sistema econômico vigente, ao mesmo tempo em que *coíbe fraudes e abusos que por seu intermédio são praticados*.

[...]

Voltando ao que escreveu ASSUMPÇÃO ALVES, o objetivo da doutrina estrangeira da desconsideração da personalidade jurídica é *tornar ineficaz a autonomia da pessoa jurídica regularmente constituída em relação a seus integrantes*, apenas quando essa autonomia tenha servido para acobertar a ruptura da confiança, o atentado à boa-fé, a *fraude*.

O legislador do Novo Código Civil (...) perdeu uma excelente ocasião para esclarecer seus fundamentos teóricos e elucidar-nos quanto à sua aplicação. Qual o *bem jurídico* cuja tutela justifica um tão drástico abandono da *segurança e da estabilidade da ordem jurídica*?

[...]

... embora as redações do *caput* e do § 5º do art. 28 do CDC não tenham sido as mais felizes de todas, é inegável que os tribunais superiores têm procurado preservar a *segurança da ordem jurídica*, revertendo com frequência certas decisões mais entusiasmadas ou quem sabe afoitas das primeiras instâncias, sempre asoberbadas por um enorme volume de trabalho. Mas, até para estabelecer orientações técnicas que possam proporcionar alguma tranquilidade aos operadores do direito, é interessante que se tentem conciliar ambos os critérios – o do CDC e o do Novo Código Civil. A única fórmula que permite fazê-lo, segundo penso, é a que reconhece o engano do legislador – quando, no art. 50, aludindo expressamente à desconsideração, menciona que: *os efeitos... sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*. Temos que supor que o legislador do NCC aludiu à *desconsideração* que os juízes podem decretar, embora inusitadamente a tenha autorizado também como consequência de atos *ultra vires* (cometidos pelos administradores, em violação do contrato ou estatuto social), *somente para suspender os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações, que não poderiam de outro modo encontrar satisfação*. As relações obrigacionais assim privilegiadas pelo art. 50 do NCC, para justificar um tal abandono momentâneo da tutela – também ela de ordem constitucional – da *função social do direito de propriedade exercitado pela empresa*, deveriam necessariamente configurar *hipóteses de abuso da empresa ou da pessoa jurídica* – i.e., frustração da *função social da empresa*, estatuída constitucionalmente – ou a nociva *confusão patrimonial* que serve de capa para grandes lesões pecuniárias na ordem econômica e gradualmente corrói o tecido social da nação. A *confusão patrimonial* é exatamente a *antítese da atribuição de personalidade jurídica*. São reciprocamente excludentes. Embora nem sempre a mera *confusão patrimonial* seja refreada ou cercada direta e objetivamente pelo Direito positivo, há esparsos diplomas legais que expressamente a mencionam como fundamentação para a punição dos responsáveis⁶², podendo

62 Cita o art. 17 da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.

até chegar à *desconsideração da pessoa jurídica*, na medida em que a mescla dos patrimônios pessoais dos sócios com o da sociedade contraria a *ratio essendi* da pessoa jurídica. (...).

[...]

Se por dá-cá-aquela-palha nossos tribunais autorizarem a *desconsideração da personalidade jurídica* da sociedade empresária, imaginando-se não apenas autorizados, mas até induzidos a fazê-lo, pela letra do art. 50 do Novo Código Civil, *inviabilizado estará o atendimento aos princípios fundamentais* do Estado brasileiro, expressos no art. 1º da Constituição Federal (...) porque o grave risco econômico da *desconsideração da pessoa jurídica* passará a ser mais um dos ônus a serem *quantificados e imputados ao montante de risco geral* a ser suportado no exercício da empresa. Será então muito mais simples para o empresário expatriar seus capitais para sistemas jurídicos menos contraditórios e nos quais se preze a *segurança das relações jurídicas*. Com isso, prejudicados estarão os trabalhadores, a comunidade, o cidadão, o fisco”⁶³.

Não se afigura destituída de razão a maior parte dessas ponderações. E a própria existência de projeto do próprio relator final do Código, cujo teor já antes foi referido e transcrito, o confirma. O que espanta é que dez anos se passaram e ainda não se fez a alteração nele proposta.

A reafirmação de que as pessoas jurídicas são – em princípio, pelo menos – distintas de seus membros, como constava no Código de 1916, servirá de farol para evitar excessos, e consolidará, na legislação, o que o Supremo já estatuiu com força vinculante. Também é positiva a introdução de uma menção ao contraditório a que fazem jus os interessados, sempre que se cogitar da desconsideração. Embora não possa ser, de todo modo, afastado, em face do art. 5º, LIV e LV, da Constituição⁶⁴, esse reforço demonstra que o abuso da personalidade jurídica deverá sempre estar muito bem comprovado. O novo § 2º ao dispositivo do CC que trata do assunto, exigindo que se indiquem objetivamente quais os atos abusivos praticados também é salutar, na medida em que limita a desconsideração, impedindo que se transforme em despersonalização, e o proposto § 3º, que antepõe à desconsideração, em caso de fraude à execução, a declaração de ineficácia dos atos de alienação, com a conseqüente excussão dos bens retornados ao patrimônio da pessoa jurídica, também contribui para que só se lance mão da superação da personalidade jurídica em situação excepcional, como deve ser.

63 Teresa Cristina G. Pantoja, Anotações sobre as pessoas jurídicas, in *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106-119.

64 “Art. 5º ...

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Mas, ainda que tais propostas não venham a se tornar realidade jurídica, é nesse sentido que o art. 50 do CC 2002 precisa ser interpretado. Até por força da multirreferida decisão vinculativa do STF. E, felizmente, é assim que vem sendo, na maior parte dos casos. Imagino mesmo que, em tal dispositivo, diferentemente do que possa parecer ao primeiro lance de olhos, o Código Civil não agasalhou realmente a concepção objetiva da desconsideração, porquanto nele a existência da confusão patrimonial não é suficiente para a superação da personalidade, conquanto seja importantíssimo sinal de que há abuso desta.

O novo Código Comercial, espera-se, vai dar mais um passo nessa direção, consoante se demonstrará mais à frente.

O Supremo não formou uma jurisprudência específica, porque tem o entendimento de que, geralmente, quando se analisam, no caso concreto, os requisitos da superação da personalidade jurídica, essa aferição pode configurar apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. E, como sabido, é inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional e das provas dos autos, pela incidência das Súmulas 636 e 279 do próprio STF⁶⁵.

Mas o Superior Tribunal de Justiça, efetivamente, tem se cercado de cuidados ao levantar o véu da pessoa jurídica, como se pode ver de julgados como o seguinte:

“FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD DOCTRINE*). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine –*, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), *deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas*”⁶⁶.

FÁBIO ULHOA COELHO, ao versar essa problemática, confirma a opinião de que a jurisprudência posterior ao Código Civil, em sua maioria, tem defendido a regra da personalidade e evitado exageros na aplicação da *disregard of the legal entity*, com a seguinte alusão, oportuna por esclarecer terminologia usada no acórdão supracitado:

65 AI 746346 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 23-3-2011, DJe-107 divulg. 3-6-2011, public. 6-6-2011, ement. v.-02537-02, p. 288.

66 REsp 693.235/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 17-11-2009, DJe, 30-11-2009. Grifou-se.

“Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de ‘teoria menor’, reservando à correta a expressão ‘teoria maior’. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos e ‘maior’ e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados”⁶⁷.

Ademais, só se aplica a desconsideração na ocorrência de ato irregular, e de modo circunscrito aos que nele estejam envolvidos.

As hipóteses em que isso acontece, mesmo sem que a norma o diga, vão sempre estar ligadas ao abuso de direito e à fraude, a depender de prova obtida em regular contraditório.

Ainda, a positivação da *disregard doctrine* no Código preserva os parâmetros existentes nos chamados microssistemas legais específicos (do consumidor, das infrações à ordem econômica e ao meio ambiente), até porque *lex generalis specialis non derogat*.

Mas tanto as leis consumerista, antitruste e ambiental como o próprio Código Civil vigente precisam de aperfeiçoamento, à vista do quanto foi exposto, e a bem de uma maior segurança jurídica.

9. Os avanços do Projeto de Novo Código Comercial

O tema *desconsideração da pessoa jurídica* vem tratado normativamente da seguinte forma, no Projeto do Novo Código Comercial (Projeto de Lei n. 1.572, de 2011, do Deputado Vicente Cândido):

“Livro II – Das sociedades empresárias

Título I – Das disposições gerais

[...]

Capítulo II – Da personalidade jurídica

[...]

Seção II – Da desconsideração da personalidade jurídica

Art. 128. Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

Parágrafo único. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude.

67 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 49. Alguns autores, e mesmo alguma jurisprudência (como a referida na nota anterior), continuam, porém, usando as expressões que Coelho cunhou mas felizmente pôde descartar.

Art. 129. A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Art. 130. A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, só poderá ser determinada pelo juiz depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 131. No mesmo ato em que deferir pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, o juiz determinará a comunicação ao distribuidor, com a identificação do sócio ou administrador a quem imputou responsabilidade.

[...]

Art. 611. O juiz só poderá decretar a extensão dos efeitos da falência quando admitida a desconsideração da personalidade jurídica”.

É fácil perceber a inspiração teórica por trás de tais dispositivos: o diploma comercialista acolheu as lições doutrinárias de FÁBIO ULHOA COELHO, e, relativamente ao direito atualmente em vigor, deu passos importantes para corrigir deficiências e problemas ainda existentes.

Comparando o projetado art. 128 (e seu parágrafo único) do novo Código Comercial com o vigente art. 50 do Código Civil, vê-se que este apenas fala em *abuso da personalidade jurídica*, caracterizada pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*, enquanto aquele exige *fraude*, de que o *desvio de finalidade* ou a *confusão patrimonial* importam presunção relativa.

As coisas, então, foram postas em seus devidos lugares.

Primeiramente, o novo Código Comercial passa a falar de desconsideração da pessoa jurídica com todas as letras, ao dizer que se vai *ignorá-la*.

Depois, abandona-se o objetivismo equivocado e hesitante do Código Civil por um subjetivismo mitigado, que, de um lado, melhor se coaduna com as premissas teóricas da desconsideração da pessoa jurídica, e, do outro, atende aos condicionamentos de ordem prática.

Com efeito, a demonstração da fraude passa a ser necessária. Tem de ser provada. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, caso existentes, facilitarão sobremaneira tal prova, porque já se configurarão como presunção relativa dela.

Mas o dispositivo corrige o erro de confundir confusão patrimonial ou desvio de finalidade com abuso da personalidade jurídica. Poderão ocorrer aqueles, e ainda assim não ser o caso de, automaticamente, decretar-se a desconsideração, como a doutrina exaustivamente já demonstrou e conforme a jurisprudência majoritária se inclina a acolher.

Depois, vem o art. 129, esclarecendo que a mera insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.

O dispositivo atende a reclamos doutrinários e mesmo jurisprudenciais no sentido de que não se pode confundir a pessoa jurídica em dificuldade financeira com pessoa jurídica que age fraudulentamente em sua administração⁶⁸.

Na sequência, o art. 130, que explicita a necessidade do contraditório para que se possa decretar a medida, o que a meu ver é uma reafirmação, no plano legislativo, da orientação constitucional emanada do art. 5º, LIV e LV, da Carta Política, linhas atrás trasladados em nota de rodapé.

A esse ponto voltarei mais demoradamente no próximo item deste artigo, inclusive com análise da jurisprudência já formada a respeito.

Depois, o art. 131, o qual explicita que, no mesmo ato em que conceder o pedido de descon sideração da personalidade jurídica de empresa, o juiz determinará a comunicação ao distribuidor, com a identificação do sócio ou administrador a quem imputou responsabilidade.

Trata-se de providência altamente salutar, não apenas para incluir como parte no processo a pessoa física que usa o véu da pessoa jurídica para se disfarçar, caso não o tenha feito já a parte autora e FÁBIO ULHOA COELHO, corretamente, mostra que, quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é precedente à propositura da ação, esta deveria ser movida contra o agente que a perpetrou, e não contra a sociedade⁶⁹.

Finalmente, em outra passagem, o projeto prevê ainda, em seu art. 611, que, na falência, o juiz só possa aplicar a extensão dos efeitos desta se tiver admitido a descon sideração da pessoa jurídica. A jurisprudência atual do STJ já caminha nesse sentido:

“[...] 7. Em sede de processo falimentar, não há como a descon sideração da personalidade jurídica atingir somente as obrigações contraídas pela sociedade antes da saída dos sócios. Reconhecendo o acórdão recorrido que os atos fraudulentos, praticados quando os recorrentes ainda faziam parte da sociedade, foram causadores do estado de insolvência e esvaziamento patrimonial por que passa a falida, a superação da pessoa jurídica tem o condão de estender aos sócios a responsabilidade pelos créditos habilitados, de forma a solvê-los de acordo com os princípios próprios do direito falimentar, sobretudo aquele que impõe igualdade de condição entre os credores (*par conditio creditorum*), na ordem de preferência imposta pela lei”⁷⁰.

68 Ada Pellegrini Grinover, Da descon sideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual), in *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 10, n. 48, p. 13-30, mar./abr. 2008, p. 13-30, esp. p. 24.

69 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 58.

70 REsp 1180714/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 5-4-2011, *DJe*, 6-5-2011.

Em face de todas essas novidades, pode-se considerar que o projeto contempla significativos melhoramentos, que representarão um avanço no tratamento legislativo do tema entre nós, e que balizarão a mais escorreita aplicação do instituto, até mesmo nas esferas do Direito Civil, Econômico e do Consumidor, porque resgatará os princípios que deram origem à *disregard doctrine*.

10. A questão da necessidade de preservação do devido processo

Apesar de ser mera afirmação, em sede legal, dos princípios constitucionais do contraditório e do *due process of law*, o tema em epígrafe, examinado mais de perto, tem nuances e delicadezas que impõem análise mais detida.

Com efeito. Há autores, como ADA PELLEGRINI GRINOVER, buscando apoio em CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e FÁBIO ULHOA COELHO, a sustentar que, como a desconsideração da personalidade jurídica se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta (isto é, a chamada “teoria maior”), a demonstração desta exige *cognição*, de sorte que não se poderia decretá-la, por exemplo, em processo executivo. A prova teria de ser produzida em regular processo de conhecimento autônomo⁷¹.

Invoca, nesse sentido, alguns acórdãos de tribunais estaduais, mas também um julgado do STJ, de 2002, que reza:

“A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional, *que só pode ser decretada após o devido processo legal*, o que torna a *sua ocorrência em sede liminar*, mesmo de forma implícita, *passível de anulação*”.⁷²

A argumentação é muito boa, mas é preciso ter em mente que, com essa especificidade, a jurisprudência mais nova do Tribunal da Cidadania não mais se pronunciou.

Antes, tem declarado, reiteradamente, a desnecessidade de ação autônoma para desconsiderar a personalidade jurídica, em julgados como o seguinte:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. FRAUDE E CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A EMPRESA FALIDA E A AGRAVANTE VERIFICADAS PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. DESCONSIDERAÇÃO DA PER-

71 Ada Pellegrini Grinover, Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual), *Interesse Público*, mar./abr. 2008, Belo Horizonte, Fórum, ano 10, n. 48, p. 13-30, mar./abr. 2008, esp. p. 25-30.

72 AgREsp 422.583/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ, 9-9-2002. Grifou-se.

SONALIDADE JURÍDICA: *DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO AUTÔNOMO PARA SUA DECRETAÇÃO*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Tendo as instâncias ordinárias detectado a fraude e a confusão patrimonial entre a empresa falida e a empresa desconsiderada, ora agravante (cujas sócias são filhas do ex-controlador da primeira), *pode ser desconsiderada a personalidade jurídica como medida incidental*, independentemente de ação autônoma (revocatória).

Precedentes.

[...]

3. *Não há falar em ofensa ao devido processo legal*, pois a agravante interpôs a tempo e modo devidos o recurso cabível perante o Tribunal de origem, o qual, todavia, não foi acolhido⁷³.

É certo que, em outros arestos, o STJ demonstra que há de haver a prova da fraude, como aqui:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDÍCIOS DE FRAUDE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ANGUSTA DO *WRIT*.

[...]

4. Aferir se não houve, de fato, desvio financeiro e gerência fraudulenta na empresa demandada, de sorte a repelir a desconsideração da personalidade jurídica, ensejaria dilação probatória, o que é inadmissível na via do mandado de segurança, onde o direito deve vir líquido e certo, extreme de dúvidas⁷⁴.

Ademais, a mesma Corte Superior tem proclamado a exigência de respeitar-se o devido processo no que tange à citação da pessoa física em caso de desconsideração da jurídica, como preconiza a melhor doutrina:

“EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO.

[...]

2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada⁷⁵.

73 AgRg nos EREsp 418.385/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2ª Seção, julgado em 14-3-2012, *DJe*, 16-3-2012. Grifou-se.

74 AgRg no RMS 26.997/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), 3ª Turma, julgado em 17-8-2010, *DJe*, 25-8-2010.

75 REsp 686.112/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 8-4-2008, *DJe*, 28-4-2008.

Entretanto, não tem voltado o Superior Tribunal a proclamar, como fez há uma década, que a decretação da *disregard* não pode ser veiculada em liminar, dependendo, portanto, de processo autônomo.

Apenas, num feito recente, apareceu um voto vencido, sustentando tal posição. Confirmam-se o caso e a dissidência:

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRICÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA *DISREGARD*. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2. *A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente*, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, *bastando a defesa apresentada ‘a posteriori’, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade*.

3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da *Disregard Doctrine*, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante – quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida – a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.

5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em ‘abuso da personalidade’ e na ‘ausência de bens pas-

síveis de penhora’, remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal *a quo*, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ.

6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada ‘teoria menor’ da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’, mercê da parte final do *caput* do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

7. A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente encontra óbice na Súmula 7/STJ.

8. Recurso especial não provido⁷⁶ (VOTO VENCIDO DO MIN. RAUL ARAÚJO). “Há nulidade no processo a partir da decisão que decretou a desconsideração da personalidade jurídica quando determinada na fase de execução, em procedimento incidental, sem a citação dos ex-sócios, nem na fase de conhecimento, para compor o polo passivo da demanda, ainda que em litisconsórcio eventual, tampouco na fase de cumprimento de sentença, para responder ao pedido de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, pois, como os bens dos ex-sócios poderão ser conscritos com a medida, a citação é necessária, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Há nulidade no processo a partir da decisão que decretou a desconsideração da personalidade jurídica quando determinada na fase de execução em procedimento incidental, sem a citação dos ex-sócios, nem na fase de conhecimento para compor o polo passivo da demanda, tampouco na fase de cumprimento de sentença, para responder ao pedido de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, porque, nos termos do artigo 47 do CPC, a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes no processo, e, conforme dispõe o artigo 472, do mesmo diploma legal, é nula a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual”.

Não há como saber que caminhos o STJ tomará no futuro. Se continuará fazendo a distinção de casos em que aplica a “teoria menor” ao lado de outros em que afirma a necessidade de incidência dos requisitos da “teoria maior”, ou se, como o criador dessas terminologias, as abandonará para concluir que a demonstração da fraude é sempre necessária. Se persistirá em admitir a desconsideração sem a necessidade de processo autônomo, ou se passará a exigí-lo.

76 REsp 1096604/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 2-8-2012, DJe, 16-10-2012.

Entretanto, quanto a esse último aspecto, penso que uma ponderação merece ser feita.

A necessidade de preservação do contraditório não acarretará, como alguém possa imaginar, a indenidade de providências tendentes a preservar os direitos de terceiros, dos credores, dos consumidores, do Fisco ou de quem quer que seja. Não se está dizendo que a *disregard of the legal entity* seja sempre uma providência que só se possa conceder ao final de um processo, e que credores, consumidores ou o próprio Estado não possam buscar nenhuma medida capaz de impedir que se consumem ilícitos ou fraudes enquanto o processo não chegue a seu fim.

Não!

O contraditório, no direito brasileiro, compadece-se perfeitamente com medidas cautelares ou antecipatórias de tutela. Isso o Supremo Tribunal Federal e toda a jurisprudência já tiveram inúmeras ocasiões de dizer (por exemplo, logo depois da vigência do Código de Processo Civil, em 1974, quando se popularizaram as cautelares; ou, já sob a égide da Constituição em vigor, vinte anos depois, quando foi introduzida a antecipação de tutela).

O que não se pode, é, de logo, sem a devida prova, decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Mas é possível, sim, *initio litis*, ou previamente – seja em processo autônomo ou incidentalmente –, tomar providências inibitórias, cautelares ou antecipatórias de tutela, para não permitir que os atos fraudulentos ou abusivos da personalidade jurídica se consumem.

Essa, a meu sentir, a melhor exegese.

Um derradeiro acréscimo, para enfeixar esta questão do devido processo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já admitiu a decretação administrativa da superação da personalidade jurídica:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.** PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n. 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, descon-

siderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultados ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

– Recurso a que se nega provimento”⁷⁷.

A propósito desse acórdão, escreveu primoroso artigo EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR⁷⁸, demonstrando mesmo a prévia existência de doutrina de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA nesse sentido.

Essa hipótese, porém, não afasta, de per si, o respeito ao devido processo, porque o princípio constitucional de resguardo ao *due process*, como é curial, abrange explicitamente, no Direito Brasileiro, a instância administrativa.

Num caso concreto desse tipo, portanto, é de verificar a estrita observância, no plano federal, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ou, quanto à Administração Pública dos demais entes federados, das normas correspondentes.

Tal circunstância mostra a desnecessidade de ter sempre, em todos os casos, em instância judicial, um processo (cognitivo) autônomo para que se possa desconsiderar a pessoa jurídica, porque é possível mesmo que tal medida seja tomada sem processo nenhum – e aí eu quero significar sem processo *judicial* nenhum –, desde que respeitadas, na esfera administrativa, as garantias do contraditório e do *due process of law*.

11. Conclusão

Em face do exposto, vê-se que o novo Código Comercial lançará luzes normativas importantíssimas em matéria de desconsideração da pessoa jurídica, procedendo a uma reconfiguração do instituto, destinada a resgatar-lhe os princípios originários, e reafirmando o princípio segundo o qual a personalidade jurídica patrimonialmente autônoma em relação às personalidades físicas que porventura a integrem é a regra, e a desconsideração dela, a exceção.

Referências

ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 7-29, jul./set. 1993.

77 RMS 15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 7-8-2003, DJ, 8-9-2003, p. 262.

78 Edilson Pereira Nobre Júnior, Administração Pública e *Disregard Doctrine*, *Revista ESMAFE*, Recife, n. 16, p. 11-24, 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: *Problemas de direito civil constitucional*. Gustavo Tepedino (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 168-182, jan./mar. 1993.

ASCARELLI, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. Le unione di imprese. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. XXXIII, p. I, 1935.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

_____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DROBNIG, Ulrich. Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand. In: *La personnalité morale et ses limites*. Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.). Paris: LGDJ, 1960. p. 27-50.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FOYER, Jean. Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français. In: *La personnalité morale et ses limites*. Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.). Paris: LGDJ, 1960. p. 113-131.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. 7. ed. Bogotá: Temis, 1987. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual). *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 10, n. 48, p. 13-30, mar./abr. 2008.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000.

HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. *Law of corporations*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1983.

- JOSSERRAND, Louis. *Del abuso de derecho y otros ensaios*. Bogotá: Temis, 1994.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 78-86, jan./mar. 1995.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e *Disregard Doctrine*. *Revista ESMAFE*, Recife, n. 16, p. 11-24, 2007.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: parte material*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Gustavo Tepedino (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. _____ . Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1994.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.
- SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.
- SWEENEY, Joseph M. Droit des États-Unis. In: *La personnalité morale et ses limites*. Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.). Paris: LGDJ, 1960. p. 97-112.
- VERRUCOLI, Pietro, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964.
- WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- WORMSER, Maurice I. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*. Washington: Beard Books, 2000.
- WORTLEY, Ben A. De la tendance qui existe, selon le droit anglais, à reconnaître la réalité constituée par les individus que constituent des groupements juridiques. In: *La personnalité morale et ses limites*. Suzanne Bastid, René David et François Luchaire (org.). Paris: LGDJ, 1960. p. 53-95.
- ZANNONI, Eduardo. La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoría del "disregard", passim. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 165-180, jul./set. 1979.