

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOÇÕES GERAIS E QUESTÕES CONTROVERTIDAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

*DISREGARD OF LEGAL ENTITY GENERAL IDEAS AND
CONTROVERSIAL ISSUES IN THE LIGHT OF JURISTIC
THINKING AND PRECEDENTS*

Alex Perozzo Boeira

Procurador Federal

Mestrando em Direito na PUCRS

Especialista em Direito do Estado pelo UNIRITTER

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noção e efeitos da personalização; 2 Teoria Maior e Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica; 3 Breve panorama do arcabouço normativo brasileiro atinente à desconsideração da personalidade jurídica; 4 A (des)necessidade de ação própria e o devido processo legal; 5 Responsabilidade do ex-sócio; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: A personalização de entes coletivos propiciou a individualização patrimonial e a afetação dos bens e direitos da pessoa jurídica às obrigações por ela assumidas. A utilização da pessoa jurídica permitiu, assim, o desenvolvimento da atividade econômica, incrementando sobremaneira a produção de bens e a circulação de riqueza. Por meio do instituto, confere-se um âmbito de proteção patrimonial significativo – ainda que não absoluto –, que encontra no acervo do ente moral a limitação das possíveis perdas decorrentes do exercício da atividade lucrativa. O aparato jurídico decorrente da personalização, todavia, não pode dar guarida a condutas marcadas por abuso de direito, fraude, confusão patrimonial – entre outras atuações ilícitas – que causem prejuízo aos interesses legítimos de credores. Nesse panorama, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é tecida com o propósito de corrigir o uso distorcido da pessoa jurídica em desconformidade com os fins de sua criação, permitindo, então, o acesso aos bens dos sócios envolvidos na prática de atos ilegais (em sentido amplo). A matéria veio a ser contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira inovadora, com o CDC, repetindo-se, com maiores ou menores alterações de conteúdo, em outras disposições legislativas que lhe seguiram. Independentemente das diversas questões controversas e feições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da desconsideração da personalidade jurídica, o fato é que a superação da limitação patrimonial do ente coletivo mantém a higidez do sistema e tutela a própria razão de ser da pessoa jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração. Personalidade. Jurídica.

ABSTRACT: The juristic personality of collective entities led to the individualization and affectation of the corporate asset to the obligations it has assumed. The use of the corporation thus enables the development of economic activity, greatly increasing the production of goods and the movement of wealth. Through the institute, a significant part of asset protection is granted – albeit not absolutely – which are the rights and properties of the moral agent, limiting potential losses arising from the exercise of gainful activity. The legal apparatus due to legal entity, however, can not give shelter to conduct marked by abuse of law, fraud, asset confusion – among other illegal actions – that would be harmful to the legitimate concerns of creditors. In this scenario, the doctrine of piercing the corporate veil is woven for the purpose of correcting the distorted use of the corporation in breach of the purposes of their creation, allowing then access to the assets of the partners involved in the practice of illegal acts (in broad sense). The matter came to be contemplated in the Brazilian legal system, in an innovative way, with the CDC, repeating, with greater or lesser content changes in other laws that followed. Regardless of the various controversial issues and features about the doctrinal and jurisprudential on the piercing the corporate veil doctrine, the fact is that overcoming

the limitation of the collective entity asset maintains the good health of the system and protects the very reason of being of the corporation.

KEYWORDS: Disregard. Personality. Legal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho volta-se ao estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, partindo-se de uma abordagem primeiramente das noções gerais de personalização e pessoa jurídica para, então, adentrar no universo da *disregard doctrine*.

Nesse desiderato, buscar-se-á desenvolver, de modo sintético, as principais teorias da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a propiciar ao operador do Direito um panorama da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, além das formulações teóricas, serão objeto de breve análise as bases normativas que abarcam a teoria da desconsideração no Direito pátrio, sem olvidar dos necessários auxílios da mais abalizada doutrina.

Ao longo da exposição, algumas questões polêmicas e muitas das manifestações teóricas serão cotejadas com o entendimento jurisprudencial atualizado das Cortes brasileiras, permitindo que se transmita as nuances da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de maneira mais contextualizada com o cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

1 NOÇÃO E EFEITOS DA PERSONALIZAÇÃO

A ideia de sociedade personalizada surge justamente com o propósito de titularizar (a pessoa coletiva) seus próprios direitos e obrigações. Pretendia-se com o ente criado a construção normativa de uma pessoa distinta da do sócio criador, com o intuito de estimular o desenvolvimento econômico, a circulação de riqueza e a segurança para o investidor.

Em que pese o embate entre as Teorias Pré-Normativistas e as Normativistas,¹ é fato que hoje a pessoa jurídica não pode ser concebida apenas como realidade preexistente; o arcabouço normativo regulatório da constituição e funcionamento cada vez mais aproxima o ente moral do Direito que o criou.²

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

2 Nesse sentido, preciso o ensinamento do eminente Professor Fábio Ulhoa Coelho – *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.112 –, ao enunciar que “pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens. Ela não tem existência fora do direito, ou seja, fora dos conceitos tecnológicos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica.”

Nesse contexto, a pessoa jurídica qualifica-se como um “ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos”,³ ou também como um “sujeito de direito inanimado personalizado”,⁴ distinguindo-se, assim, dos seres humanos.

Veja-se que a personalização, como criação do Direito (na concepção Normativista), apresenta alguns efeitos⁵ necessários. Com a constituição da pessoa jurídica, a titularidade das relações negociais passa a ser própria, estabelecendo-se os mais diversos vínculos jurídicos em nome do próprio ente moral. Também no plano processual se percebe o reflexo da personalização, já que a titularidade processual passa a ser da pessoa constituída e não dos sócios constituidores.

Talvez, porém, a consequência mais significativa seja aquela afeta à responsabilidade patrimonial. De fato, ao enlaçar obrigações no desempenho do objeto social, a pessoa jurídica passa a responder, de per si e com seu próprio patrimônio, pelos resultados obtidos no desempenho da atividade (notadamente atividade econômica, de produção e circulação de bens e de prestação de serviços).

Como bem ensina o ilustre Professor Fran Martins,⁶ “constituída a pessoa jurídica, passa ela a ter patrimônio próprio. [...] Esse patrimônio pertence à sociedade e não aos sócios; é justamente a totalidade do patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade”.

Em suma, é o patrimônio do sujeito passivo da relação obrigacional que responde pela dívida. E daí advém a tão propagada autonomia patrimonial entre os bens e direitos dos sócios e os bens e direitos da pessoa jurídica. Portanto, há, de regra, a separação entre o acervo patrimonial do ente criado e do criador, respondendo apenas os bens da entidade coletiva pelas obrigações sociais.

2 TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Mesmo constituído para a persecução de fins lícitos, o ente coletivo pode, por vezes, desviar-se de seus propósitos e direcionar sua atuação para a prática de condutas viciadas, abusivas ou fraudulentas.

3 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 184.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 11.

5 Acerca dos efeitos ou consequências da personalização e algumas de suas variações doutrinárias, vide Ricardo Negrão - *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 264-265 -, Fran Martins - *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 192-194 - e Sérgio Campinho - *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63-65;

6 *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193.

Tal desvirtuamento ocorre justamente por constituir a pessoa jurídica um “ser” legal distinto dos seus sócios, dispendo de personalidade e patrimônio próprios. Nesse sentido, releva mencionar o didático ensinamento de Sérgio Campinho:⁷

Em função da autonomia de patrimônio verificável a partir da personificação da sociedade que passa a ser titular de um patrimônio distinto, inconfundível com o patrimônio particular de cada sócio que a compõe, passou a pessoa jurídica da sociedade, em certas circunstâncias, a ser instrumento para a perpetração de fraude contra os credores. Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo.

A personalização, todavia, não pode ser levada a ponto extremo de servir como instrumento à prática de atos fraudulentos ou abusivos e, ainda assim, constituir obstáculo à satisfação dos créditos do credor lesado. O ente moral criado não pode ser empecilho absoluto no atendimento dos também justos interesses da parte adversa.⁸

Essa má utilização do instituto da personalidade jurídica – cometimento de ilegalidades *lato sensu* por meio do ente moral – estimulou o desenvolvimento de teorias que viabilizassem a cobertura dos prejuízos gerados. Para tanto, a doutrina construiu a *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, também conhecida como Teoria do Superamento ou Teoria da Penetração.⁹ Realmente, a personalização e a conseqüente autonomia patrimonial não devem corresponder,

7 O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65.

8 Verificando-se o conflito entre princípios (ou direitos neles traduzidos) que expressam interesses ou valores legítimos (como os direitos à satisfação do crédito e à efetividade da tutela executiva, ambos contrapostos à autonomia patrimonial), mister referir a lição do Professor Humberto Ávila – *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 87-8, 102 e 112-3 – acerca do princípio da proporcionalidade: “A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno nas metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. [...] Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. [...] Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. [...] A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. [...] O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita.”

9 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 267.

necessariamente, à limitação da responsabilidade dos integrantes. É, pois, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica que autoriza o afastamento da autonomia patrimonial.

Atenta à escurreita emolduração da *disregard doctrine*, a doutrina pátria desenvolveu a Teoria Maior¹⁰ da desconsideração da personalidade jurídica, que ingressa no cenário nacional pelas mãos do Professor Rubens Requião,¹¹ já na década de 60.

Por essa teoria, a superação da personalidade jurídica está vinculada à fraude ou abuso,¹² evidenciando o desvio no uso da personalidade jurídica do ente constituído.

É de suma importância frisar, entretanto, que, por essa linha teórica, a desconsideração é excepcional, não se justificando apenas por insatisfação do crédito.¹³ Ou seja, a mera impuntualidade do devedor (pessoa jurídica) não é suficiente para propiciar a desconsideração da personalidade e da autonomia patrimonial. Com efeito, a intempestividade no adimplemento das obrigações pode dar ensejo a outros consectários (cláusula penal, multa, juros moratórios, correção monetária, sistema de proteção de crédito – CADIN, SPC, SERASA), mas não a utilização da *disregard doctrine*.

Nesse sentido, é o entendimento da amplamente majoritária e atual jurisprudência do STJ:

FALÊNCIA. ARRECAÇÃO 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 CÔNFUSÃO 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

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 35-37.

11 Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. RT 410, p. 12-24, dez/69.

12 Como bem ensina Antonio do Rego Monteiro Rocha - *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 53 -, "o aspecto subjetivo introduzido por Serick na desconsideração da personalidade jurídica, parte de um ângulo em que o agente pratica ilícito sob a modalidade de abuso de direito". No mesmo sentido, vide GUASPARI, Mariângela de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no atual ordenamento jurídico brasileiro*. 2002. 142f. Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 56.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 39.

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.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por “possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada”, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 30/11/2009)

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

- A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.

- A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios

de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.

(REsp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009)

[...] - A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.

- O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios.

- Os arts. 592, II e 596 do CPC, esta Turma já decidiu que tais dispositivos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão “nos termos da lei”.

- Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 876.974/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 236)

Justamente pela viabilidade de controle do excesso, a Teoria Maior oferece (maior) segurança ao sistema, permitindo a regular utilização da pessoa jurídica e, simultaneamente, meios coercitivos de prospeção sobre o acervo patrimonial dos sócios do ente moral.

Em que pese a diminuta – mas não menos relevante – aplicação no Direito brasileiro, mister referir também a construção da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, cuja incidência, por mais restritiva que seja, pode ser observada em situações de conflito

em que os bens jurídicos envolvidos representam interesses porventura incomensuráveis (matéria ambiental, exemplificativamente).

Para a Teoria Menor, a execução do patrimônio do sócio por obrigação social está vinculada à impontualidade ou insatisfação do crédito. A conformação do instituto, como bem ensina o eminente mestre Fábio Ulhoa Coelho,¹⁴ compreende a demonstração da ausência de bens sociais (insolvabilidade ou falência) e a solvência dos sócios, atribuindo-se a esses a obrigação da pessoa jurídica, sem perquirir acerca da utilização fraudulenta/regular ou do abuso.

Em caso paradigmático na jurisprudência nacional, o STJ perfilhou a Teoria Menor no sinistro da explosão do *shopping center* de Osasco/SP, ocasião em que diversos consumidores foram lesados, havendo dificuldades no ressarcimento dos danos produzidos:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

14 *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 46.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004 p. 230)

3 BREVE PANORAMA DO ARCABOUÇO NORMATIVO BRASILEIRO ATINENTE À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No Brasil, a inovação na ordem jurídica acerca da temática adveio com o art. 28¹⁵ do CDC, cujos fundamentos legais para a desconsideração da personalidade jurídica compreendem: o abuso de direito,¹⁶ o excesso de poder, a infração da Lei, o fato/ato ilícito, a violação do Estatuto ou Contrato Social; e a falência, o estado de insolvência e o encerramento ou inatividade por má administração.¹⁷

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.

16 Parte-se do pressuposto de que não há direito absoluto, mas sim limites para o exercício (regular) de direitos legítimos, sempre tendo como vértice os fins sociais e econômicos, a boa-fé e os bons costumes, tal como enuncia o art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

17 Em percuente observação, Fábio Ulhoa Coelho – *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 50-51 – leciona que, à exceção do abuso de direito, as demais previsões legais dispostas no caput do art. 28 do CDC, em verdade, dizem respeito a tema societário diverso. Segundo o douto jurista, a Teoria da Desconsideração só teria pertinência quando a responsabilidade não pudesse ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio; se a imputação for direta, não haveria sentido na desconsideração da personalidade jurídica. A esse respeito, confira-se o recente precedente do STJ: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS AUTOS DE SUA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. A CONSTRICÇÃO DOS BENS DO ADMINISTRADOR É POSSÍVEL QUANDO ESTE SE BENEFICIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. - A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida

O CDC ainda contempla o disposto no § 5^o¹⁸ do art. 28, permissivo que reduz sensivelmente o âmbito de proteção da pessoa jurídica – e de sua autonomia patrimonial – e viabiliza ao consumidor o socorro à Teoria em todos os casos em que a personalidade do ente moral constituir barreira à reparação dos danos sofridos. Ao propagar o amplo alcance de proteção propiciado pelo art. 28 do CDC, Antonio do Rego Monteiro Rocha¹⁹ anota que “as hipóteses legais inseridas no art. 28 do Estatuto Consumerista são meramente exemplificativas e [...] o estatuto protetivo do consumidor só pode ser interpretado em benefício do consumidor sem caráter restritivo”.

Em 1994, a Lei 8.884/94, regulando a livre concorrência no Brasil, trouxe no seu art. 18²⁰ disposição normativa semelhante à do CDC (art. 28, *caput*), sem, contudo, repetir o enunciado análogo ao contido no § 5^o do art. 28 do Diploma Consumerista.

Já em 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei n^o 9.605/98), no seu art. 4^o,²¹ visando a conferir maior âmbito de proteção aos bens jurídicos tutelados, reproduziu, *grosso modo*, o § 5^o do art. 28 do CDC, permitindo, então, a desconsideração da personalidade jurídica sempre que, de qualquer modo, for empecilho ao ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.

Por fim, o Código Civil de 2002, no seu art. 50,²² passou a regular a matéria na órbita das relações privadas de natureza civil.

nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores. - O administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74, e, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até que estas se cumpram, conforme o art. 40, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada. - A responsabilidade do administrador sob a Lei 6.024/74 não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração exige benefício daquele que será chamado a responder. A responsabilidade, ao contrário, não exige este benefício, mas culpa. Desta forma, o administrador que tenha contribuído culposamente, de forma ilícita, para lesar a coletividade de credores de uma instituição financeira, sem auferir benefício pessoal, sujeita-se à ação do art. 46, Lei 6.024/74, mas não pode ser atingido propriamente pela desconsideração da personalidade jurídica. Recurso Especial provido. (REsp 1036398/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009).

- 18 *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 138.
- 19 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.
- 20 Art. 4^o Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
- 21 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.
- 22 *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 195-196.

Tem por pressuposto o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, permitindo que os bens dos sócios/administradores sejam afetados por determinadas relações obrigacionais da pessoa jurídica.

Traçando os contornos da caracterização do desvio de finalidade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²³ lecionam:

A identificação do desvio [...] deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social [...]. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade [...].

A seu turno, a confusão patrimonial verifica-se, em essência, quando não se identifica a separação entre o patrimônio do sócio e o da empresa.

4 A (DES)NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Questão que tem atraído a atenção da doutrina – e ainda mais da jurisprudência – é a atinente à necessidade ou dispensabilidade de ação própria para a desconsideração da personalidade jurídica e atingimento dos bens dos sócios. Pois bem, parte da doutrina²⁴ entende que a desconsideração exige ação própria de conhecimento, não admitindo a Teoria Maior a desconsideração por despacho judicial em execução de sentença. Se o título é apenas em desfavor da pessoa jurídica, haveria a necessidade de manejar ação própria contra os sócios/administradores para demonstrar a fraude/abuso da personalidade jurídica.

Mesmo endossando a necessidade de citação do sócio já na fase de conhecimento, Fredie Didier Jr.²⁵ também admite, em posição ligeiramente mais flexível, que o sócio possa ser citado no processo de execução, de forma a promover-se a desconsideração.

No entanto, o pequeno dissenso acadêmico perde espaço diante do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, que permite a desconsideração da personalidade jurídica por simples decisão judicial na execução ou na falência:

²³ *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 195-196.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 55-56.

²⁵ *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6-8.

[...] 6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.

(REsp 1071643/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009)

[...] 5. No âmbito civil, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória nos próprios autos da falência, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim.

6. Decretada a desconsideração da personalidade jurídica da falida, com a conseqüente propagação dos seus efeitos aos bens patrimoniais dos sócios, não ocorre desrespeito aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nem maltrato a direito líquido e certo de terceiros prejudicados, quando patente sua legitimidade para defesa dos seus direitos, mediante a interposição perante o juízo falimentar dos recursos cabíveis. Precedentes: REsp n. 228.357-SP, Terceira Turma, relator Ministro Castro Filho, DJ de 2.2.2004; REsp n. 418.385-SP, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 3.9.2007. [...]

(REsp 881.330/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 10/11/2008)

[...] 4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005).

5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo.

(REsp 331478/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006 p. 310)

5 RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO

Temática também inquietante e que tem gerado controvérsia é a atinente à responsabilidade do ex-sócio, que deixou de integrar os quadros sociais. Neste particular, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não adota linha pretoriana uníssona, permitindo a ramificação dos posicionamentos em pelo menos três diferentes séries decisórias.

O primeiro dos entendimentos guarda relação com a época da constituição do título executivo/dívida: se houve a constituição do título após a retirada regular da sociedade, não se autoriza a desconsideração. Nessa acepção:

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO E DE PENHORA DE BENS DO EX-SÓCIO QUE REGULARMENTE RETIROU-SE DA SOCIEDADE. *CONSTITUIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA REGULAR DO SÓCIO*. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE FRAUDE PELO SÓCIO QUE SE RETIRA DA SOCIEDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, POR DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL, ELEMENTO NECESSÁRIO AO ESTENDER OS EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES AOS BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL 2003. PESSOA JURÍDICA QUE CONTINUOU NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES VÁRIOS ANOS APÓS A RETIRADA DOS SÓCIOS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70019912542, QUE VÃO ADOTADAS COMO RAZÕES DE DECIDIR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70027571447, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 21/11/2008)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO REDIRECIONADA CONTRA O EX-SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. Restando comprovado que *na época da constituição da dívida que originou as duplicadas levadas à execução, o embargante já não era mais sócio da empresa executada*, não exercendo qualquer poder de gerência sobre a mesma, a ação executiva não pode ser redirecionada contra ele. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70012605697, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 14/09/2005)

Já a utilização de outro critério decisório remete à época de ajuizamento da ação ordinária: se ajuizada quando o interessado ainda era sócio da empresa, deve responder pelo título executivo e pela execução posteriormente promovida, com base na desconsideração reconhecida. Em suma, nessa situação, responde o ex-sócio pelas dívidas contraídas pela sociedade quando ainda a integrava:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DECRETADA. RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO PELAS DÍVIDAS CONTRAÍDAS QUANDO DE SUA GESTÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA MANTIDA. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70022237507, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 28/02/2008)

VOTO:

Com efeito, extrai-se dos autos que *quando do ajuizamento da ação ordinária que deu origem ao título executivo judicial ora objeto de execução, o agravante era sócio da empresa executada.*

Posteriormente houve a alteração contratual com a exclusão do agravante e entrada de novos sócios.

Todavia, tal fato não afasta a sua responsabilidade pelas dívidas contraídas pela sociedade quando ainda fazia parte do quadro societário, principalmente considerando-se o fato de que foi desconstituída a personalidade jurídica a empresa.

Cabe destacar que a cláusula 6 constante no instrumento de alteração contratual de fls. 28-32, na qual os novos sócios assumem todos os direitos e responsabilidade dos sócios retirantes, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, não tem o alcance pretendido pelo agravante. Pois, do contrário, tornaria inócuo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, já reconhecido no caso concreto. Dessa forma, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

EMENTA: PROCESSO DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EX-SÓCIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Afastamento da preliminar de não-conhecimento do recurso. 2. Somente pode ser admitida a superação da personalidade jurídica quando presentes os requisitos previstos pelo art. 50 do Có-

digo Civil, que pressupõe a ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, visando a coibir abuso por parte dos sócios e administradores da sociedade empresarial, o que não se caracteriza simplesmente com a tramitação do processo executivo durante período considerável de tempo, sem a satisfação do crédito. Agravo de instrumento conhecido e provido. (Agravo de Instrumento Nº 70014954119, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 14/06/2006)

VOTO:

[...] E isso porque, conforme se verifica pelo documento de fls. 99/116 destes autos, *a exclusão do recorrente, em relação à empresa-executada, ocorreu em data anterior à propositura da ação de conhecimento condenatória, que deu origem à dívida.*

Ao final, importa mencionar entendimento jurisprudencial que, pressupondo decisão anterior de desconsideração da personalidade jurídica, afasta a inclusão automática do ex-sócio em execução, uma vez não demonstrada a prática de abuso ou fraude. Eis o precedente da Corte gaúcha:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. PROCESSO CIVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EX-SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A desconsideração da pessoa jurídica *não implica a inclusão automática do ex-sócio no pólo passivo da demanda, pois o efeito da medida excepcional atinge tão-somente os bens do patrimônio particular daqueles sócios que praticaram atos de forma abusiva ou fraudulenta.* In casu, inexistem provas de que a cessão de quotas societárias teria sido pactuada para que os antigos sócios se esquivassem de eventual execução. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70023725823, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/09/2008)

6 CONCLUSÃO

A constituição da pessoa jurídica e a autonomização do seu patrimônio contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da atividade econômica, alavancando os investimentos e gerando (relativa) segurança para os integrantes dos quadros sociais. Vale dizer, por meio do ente coletivo personalizado, permitiu-se a limitação dos prejuízos, preservando-se o patrimônio pessoal dos sócios/investidores, ao menos em linha de princípio, do eventual insucesso nas atividades produtivas.

A limitação, entretanto, não poderia servir ao locupletamento injusto dos sócios, em detrimento de credores com interesses legítimos. O Direito não tutela o ilícito; apenas o tipifica e o qualifica, tornando possível a correção do vício ou do desvio. Desse modo, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com suas diversas facetas e distinções doutrinárias, propicia, em verdade, a afirmação do instituto da pessoa jurídica, já que apenas tolhe a atuação desvirtuada, permitindo a higidez do sistema e a proteção da confiança nas relações privadas.

Ao rejeitar a autonomia patrimonial, repelir o exercício da atividade societária por vias ilícitas (ilícito aqui empregado em sentido lato) e permitir o acesso aos bens dos sócios, a *disregard doctrine* confere coesão ao sistema e garante a utilização da pessoa jurídica para os objetivos reais de sua constituição.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASPARI, Mariângela de Oliveira (desconsideração da personalidade jurídica no atual ordenamento jurídico brasileiro, Porto Alegre, PUCRS, 2002. 142f. p.56.)

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

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa. Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

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

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *RT* 410, p. 12-24, dez/69.

ROCHA, Antonio do Rego Monteiro. *Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.