

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Leonardo Agostini¹

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tema palpitante e que precursoramente foi tratado por poucos (dentre os quais o saudoso professor Lamartine Corrêa), foi escolhido para ser debatido nesta oportunidade, qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto devido ao bom volume de obras que se encontram nas bibliotecas² e, igualmente, a limitação de espaço para debate no presente trabalho monográfico, entendemos como adequado mesclar a discussão doutrinária travada em torno da *disregard doctrine*³, com a aplicação prática do instituto no dia-a-dia dos operadores do Direito.

Para isso, tentando delimitar da melhor forma possível o tema a ser discutido no presente trabalho, julgamos oportuno discorrer sobre a aplicação pretoriana da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade limitada (uma das sociedades empresariais mais utilizadas atualmente) esteja envolvida, mais especificadamente quando, mesmo sem provas de fraude, abuso do direito, desvio de bens ou confusão patrimonial implementados pelos sócios, determinados julgadores entendem que a mera ausência ou insuficiência de bens é medida apta para afastar-se o véu da pessoa jurídica.

Outrossim, na tentativa de contribuir para o debate e a analisar a correção ou o desacerto desta aplicação pretoriana debruçar-se-á sobre a origem do instituto da pessoa jurídica, o conceito da sociedade limitada, o início da “crise da pessoa jurídica” tão bem

¹ Mestre em Direito Civil-Constitucional pela UNIBRASIL. Professor de Direito Civil na UNIBRASIL (www.unibrasil.com.br). Professor de Direito Civil no Curso Jurídico (www.cursojuridico.com). Professor de Direito Civil na Escola de Ensino Jurídico Federal do Brasil (www.ejufe.com.br). Autor do Livro “Intimidade e Vida Privada como Expressões da Liberdade Humana”. Advogado militante na Cidade de Curitiba. contato: leonardo@cgaadvogados.com.br.

² Dentre as quais se pode destacar: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979; JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987; COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. Além dos excelentes artigos doutrinários de: CASILLO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica**. Artigo publicado na RT n.º 528/24-40; REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica (Disregard Doctrine)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, n. 58, p. 13-24, dez, 1969; dentre tantos outros de ótimo conteúdo.

³ *Disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, denominação da teoria da desconsideração para o Direito anglo-americano. Teoria do *superamento della personalità giuridica* para a doutrina italiana. Teoria da penetração ou *Durchgriff deer juristischen Personen*, para a doutrina germânica e o *abus de la notion de personnalité sociale* ou *mise à l'écart de la personnalité morale*, para o Direito francês.

relatado pelo insigne Lamartine CORRÊA⁴, passando por algumas das decisões jurisprudenciais que trataram do assunto para então sim, ao final, concluir sobre a possibilidade (ou não) da aplicação do instituto nos casos de mera ausência ou insuficiência de bens.

1. PESSOA JURÍDICA

Devido ao problema da existência de “interesses (...) inatingíveis”, caso em que “se não houver a união de mais de um indivíduo destinada a consegui-los, sob a cobertura de um objetivo comum”⁵, determinados objetivos não seriam nunca atingidos pelos homens se atuassem de forma isolada, via-se como premente necessidade a associação de pessoas no intuito de atingir um fim comum.

Era necessária a união de esforços para a consecução de determinada tarefa, donde da reunião de várias forças, aquilo que antes era inatingível, aos poucos se tornaria executável e toda aquela associação de pessoas sairia ganhando.

Daí exsurgiu a premente necessidade dos indivíduos associarem-se em grupos visando vencer mais facilmente determinados obstáculos.

Nasce assim o embrião daquilo que mais à frente seria denominado pela doutrina e acolhido pelas diversas legislações como pessoa jurídica.

Em termos mais filosóficos Lamartine CORRÊA exposava sua idéia sobre pessoa jurídica da seguinte forma:

“Sempre entendemos ser a *pessoa jurídica* realidade analógica ao ser humano. Como a pessoa humana, é um *ser*, dotado de *individualidade*, *permanente*, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o *ser*, dotado de *independência externa*, porém não *substancial*, como a pessoa humana, que existe *per se*, mas *acidental*, pois que depende, para existir, dos seres humanos, que estão *sob (sub stant)* sua existência. *Ser*, pois que o acidente é, que existe para complemento do ser humano substancial que, sendo ser social, deseja os grupos associativos e societários e recebe utilidade das fundações.”⁶ (grifos no original)⁷

⁴ O qual será perfeitamente dissecado no decorrer do presente trabalho mais especificadamente em seu capítulo “4” mas que adiantando um pouco o assunto o inigualável mestre Lamartine CORRÊA explicava a denominada crise como sendo:

“Na verdade, o que as páginas seguintes irão demonstrar é a existência de uma crise de função da pessoa jurídica de Direito Privado. De modo especial, a função das sociedades e, de modo ainda mais especial, das anônimas e das por quotas de responsabilidade limitada. Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos. E da reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa membro.” (in **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, página 262)

⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Fontes das obrigações: contratos, volume IV**. 5 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, página 537.

⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Conceito da pessoa jurídica**. (tese), 1962, páginas 164-165.

Mais atualmente Renan LOTUFO nos fornece seu conceito de pessoa jurídica:

“Além das pessoas naturais, existem certos entes abstratos, vistos que criados pela inteligência como realidade jurídica, que se denominam pessoas jurídicas (pessoas morais, em outras legislações), decorrentes do irrefreável espírito associativo dos seres humanos, entes que atuam como sujeitos de direito.

São as pessoas jurídicas.

Pessoa jurídica é uma entidade própria e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; seu patrimônio, igualmente, é distinto e inconfundível.

Além das pessoas humanas, que são, em última análise, a razão de ser do Direito, das relações jurídicas; criam-se certos grupos sociais, de diversa finalidade, e até mesmo massas de bens constituídas para alcançar determinada finalidade, a que se atribuem direitos próprios. São unidades abstratas, como referimos, a que denominamos pessoas jurídicas, as quais passam a ter direitos subjetivos e obrigações, no contexto social, regido pelo Direito.”⁸

Do conceito apresentado extraem-se algumas lições deveras extremamente importantes para a esmerada obtenção de conclusões no presente trabalho: i) a pessoa jurídica nasceu da necessidade dos seres humanos reunirem-se em grupos visando alcançar objetivos específicos; ii) a pessoa jurídica, apesar de ser ente abstrato, é ente próprio e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; donde aflora a seguinte e última consequência útil para o aprofundamento do estudo iii) a pessoa jurídica tem seu patrimônio distinto e inconfundível com os membros que a compõem.

Esta última constatação extraída do conceito fornecido por Renan LOTUFO é um dos traços mais característicos das pessoas jurídicas e revela o adágio utilizado já no direito romano do *universitas distat a singulis*.

Está-se diante do princípio da autonomia patrimonial.

Bem explicava este princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, já no início do século passado, J. M. de Carvalho SANTOS:

“Universitas distat a singulis. É o princípio tradicional que caracteriza a pessoa jurídica. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros como uma consequência imediata [Sic] da personificação da sociedade, que passa a ser uma unidade, não obstante a pluralidade de membros; havendo, portanto, uma individualidade, de uma lado, e muitas outras individualidades isoladas, de outro lado; as quaes [Sic] congregadas formam aquella [Sic] outra unidade.

2. Corollarios [Sic] quanto aos bens. Não é demais repetir que o característico da pessoa jurídica está todo na separação da *universitas* do particular, isto é, de cada pessoa de per si; *universitas distat a singulis: quod universitati debetur, singulis non debetur: quod debet universitas, singuli non debent*. É dessa separação que resulta a constituição de um patrimônio, que não pertence aos particulares, mas a *universitas*.

Vela [Sic] dizer – si [Sic] a sociedade tem personalidade distincta [Sic] da dos seus membros, os bens della [Sic] serão da sociedade e não dos seus membros isoladamente.

⁷ Tendo em vista a omissão do edital do concurso quanto ao espaçamento a ser utilizado nas citações doutrinárias mais longas o autor entendeu por bem utilizar-se do espaçamento simples conforme as normas da ABNT.

⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado. Volume 1. parte geral (arts. 1º a 232)**. São Paulo: Saraiva, 2003, página 112.

A personalidade da pessoa jurídica assim firmada exclue[Sic], por completo, qualquer idéia [Sic] de condomínio ou de comunhão.”⁹

Da idéia de autonomia patrimonial, aliada a outros traços indistintos da pessoa jurídica, tais como a possibilidade deste ente ser sujeito de direitos e obrigações, ganha corpo então a idéia da personalização da pessoa jurídica.

Discorre sobre o conceito de personalização da pessoa jurídica Rubens REQUIÃO:

“Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.”¹⁰

Como visto, uma das mais importantes consequências da personalização da pessoa jurídica é o nascimento de um novo ser de Direito com patrimônio próprio e distinto do conjunto de bens de seus integrantes.

Feita esta breve digressão sobre o conceito e principais caracteres da pessoa jurídica, mister se faz seguir adiante no trabalho apresentando uma das formas de pessoa jurídica mais utilizadas em território nacional e que é ponto central do enfoque neste estudo.

2. SOCIEDADE LIMITADA

Conceituado o que seja a pessoa jurídica e seus mais importantes caracteres, mister se faz apresentar e estudar uma de suas mais importantes subdivisões, qual seja, a sociedade limitada.

Apesar da quase impossibilidade de conceituação universal do que seja sociedade limitada (como nos noticia José Waldeci LUCENA¹¹), no direito brasileiro o conceito que mais sinteticamente e que, com maior precisão denomina o que seria, em tese, a sociedade limitada é o comentário apresentado por Fran MARTINS formulado ainda sob os auspícios do Decreto n.º 3.708 de 1919.

⁹ SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado. Volume I.** 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, páginas 389-390.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial. 1º volume de acordo com as Leis n.º 10.303 e 10.406.** 25 ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003, páginas 372-373.

¹¹ Comenta o ex-magistrado em sua obra **Das Sociedades Limitadas**, 5 ed., ampliada em face do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003: “Por isso, parece-nos que a construção de um conceito universal de sociedade limitada é tarefa quase impossível, tal a variedade, entre os diversos sistemas jurídicos, dos elementos que entram em sua estrutura. Ter-se-ia, então, uma coleta de traços símeis tão diminutos, que resultaria em um conceito deveras genérico, para dispor de alguma utilidade.” (página 67)

Fran MARTINS conceituou a sociedade limitada da seguinte maneira:

“Segundo a lei brasileira, caracterizam-se as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, pela limitação da responsabilidade solidária dos sócios ao total do capital social e, em caso de falência, também pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas; e pela adoção de uma firma ou denominação à qual se deverá sempre aduzir a palavra *limitada*”.¹²

Como se denota do conceito de sociedade limitada, exposto e formulado por Fran MARTINS, o principal traço característico deste tipo societário é a *responsabilidade limitada dos sócios* que a compõe.

Talvez daí consiga se entender o por quê da multiplicação e aceitação deste tipo societário no mundo comercial brasileiro.

É inegável a importância da sociedade empresarial limitada tanto nos dias de hoje quanto no passado mais recente.

Somente para termos idéia da dimensão e da importância deste tipo de sociedade empresária para a economia brasileira, convém ressaltar que, segundo dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, o qual reúne dados estatísticos de todas as juntas comerciais do país, somente no ano de 2003, enquanto foram constituídas 240.530 (duzentas e quarenta mil, quinhentas e trinta) sociedades limitadas, foram constituídas somente 1.273 (um mil, duzentos e setenta e três) sociedades anônimas e 1.503 (um mil, quinhentos e três) cooperativas, o que revela a dimensão da utilização da sociedade empresária limitada no Brasil, pois pelos dados do DNRC existe uma média de 188,94 sociedades limitadas constituídas para cada 1 sociedade anônima e 160,03 sociedades limitadas constituídas para 1 cooperativa¹³.

Apesar da ululante representatividade das sociedades limitadas estar representada e calcada em números sólidos como os anteriormente representados, tais números mostrar-se-iam até desnecessários para vislumbrar-se a importância deste tipo de sociedade, pois o próprio senso comum das pessoas revela que a sociedade limitada é a mais importante em nosso mercado.

Não é difícil imaginar que se fosse realizada breve pesquisa com transeuntes em qualquer um dos mais de cinco mil municípios brasileiros e lhes fosse questionado qual seria a forma de sociedade que o entrevistado escolheria para desempenhar sua atividade, por óbvio que, mais de 80% (oitenta por cento) dos entrevistados indicariam que escolheriam a sociedade limitada.

¹² MARTINS, Fran. **Sociedade por quotas no Direito estrangeiro e brasileiro. Volume I.** Rio de Janeiro: Forense, 1960, página 285.

¹³ Dados estatísticos recolhidos do site do Departamento Nacional do Registro do Comércio - DNRC (<http://www.dnrc.gov.br/>). Capturado em 19.05.2005, às 14:51.

Tudo isso se explica pela facilidade de constituição deste tipo de sociedade e, igualmente, pela desburocratização da administração da mesma.

Mas só estes dois fatos acima seriam capazes de explicar o por quê de a sociedade limitada ter tanto aceite em nosso ordenamento e pelo empresariado em geral?

É óbvio e ululante que não.

Outro fato determinante e que é imperioso para a escolha de tal tipo societário pelos empresários nacionais, já foi mencionado *an passant* breves linhas atrás.

Trata-se da responsabilidade limitada dos sócios!

Dada a importância deste traço distintivo deste tipo de sociedade convém aprofundar pouco mais o seu estudo.

2.1. Principal função e atrativo das sociedades limitadas. Segurança do investidor quanto ao limite de sua responsabilidade.

Como visto no capítulo anterior o regime da sociedade limitada é o escolhido por grande parcela dos empresários nacionais e isto se explica em grande parte devido a sua principal característica, qual seja, a responsabilidade limitada dos sócios.

Claro que este não é o único motivo pelo qual a maioria dos empresários brasileiros têm preferência por este tipo de sociedade. Outros motivos existem, tal como: “a simplicidade com que se constituem e funcionam”¹⁴; o baixo custo para operacionalização e administração da mesma, dentre outras vantagens.

O baixo custo de operacionalização deste tipo de sociedade, ao menos até o advento no novo Código Civil, se confirmava com a dispensava, *ad exemplum*, da publicação de editais de balanço e resultados em jornais oficiais (diferentemente da sociedade anônima), o que resultava em grande economia para o empresário.

Entretanto se a responsabilidade limitada dos sócios não é o único atrativo deste tipo de regime societário podemos afirmar, extirpe de dúvidas, que é o mais importante.

Mais importante porque a formação econômica de nosso país demonstra que a sociedade limitada é escolhida primordialmente pelos pequenos e médios empresários.

E, quando da escolha do tipo de sociedade empresarial a ser implementada, a maioria inesgotável destes empresários vêem a sociedade limitada como uma forma de investir seu capital sem colocar em risco todo o seu patrimônio.

É o caso de pequenos empresários e até de profissionais liberais que, visualizando a oportunidade da abertura de determinado negócio, inicialmente avaliam a viabilidade do

¹⁴ José Waldeci Lucena, op. cit., página 31.

mesmo, conjugam as possibilidades de sucesso e insucesso da empreitada e, com espírito empreendedor, resolvem colocar em prática a atividade comercial escolhida.

Exemplo bem palpável e que denota a importância do instituto da sociedade limitada para o desenvolvimento das atividades empresariais pode ser visualizado na situação hipotética (e que pululam aos montes nos quatro cantos do Brasil) de determinado empreendedor que se associa a investidor bem sucedido para viabilizar a fundação de sociedade comercial.

Imaginemos que em exemplo hipotético de intenção de formação de sociedade, um dos sócios (empreendedor) seja engenheiro de telecomunicações e detenha know-how para desenvolver programa de software para esta área tão importante nos dias atuais.

Entretanto este engenheiro pelas vicissitudes da vida, ou mesmo pelo seu não tão abastamento, não detém capital suficiente para levar adiante seu negócio.

Em conversa com determinado amigo (suponhamos aqui um médico bem sucedido em sua área – o qual poderíamos denominar como investidor) expõe seus planos de implementar sociedade empresarial e a viabilidade do negócio uma vez que, em estudo de viabilidade mercadológica do produto o mesmo teria aceitação imediata.

O amigo, profissional liberal bem sucedido, questiona seu futuro parceiro comercial sobre qual seria o custo inicial para levar a idéia adiante, pelo que é informado que o custo total despendido giraria em torno de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O médico, profissional liberal bem sucedido e com reserva de dinheiro aplicado em fundos financeiros, analisa os riscos e a viabilidade do negócio, imediatamente se questionando: por que não me associar ao engenheiro que, além de ser meu amigo, ainda me apresenta uma proposta comercial viável e com possibilidade de aumentar meu patrimônio? O que tenho a perder?

Neste hipotético caso, por óbvio que ao se informar com qualquer advogado, a sociedade empresarial a ser indicada para os dois futuros sócios poderia ser a sociedade limitada, até porque o raciocínio a ser desenvolvido pelo médico seria o de que estaria arriscando somente o valor inicial integralizado na empresa (naquele caso R\$ 20.000,00).

Ou seja, uma vez não tendo sucesso àquela parceria comercial o máximo que o profissional liberal perderia, no presente caso, seria a importância do capital inicialmente investido (R\$ 20.000,00).

Por outro lado, ao utilizar-se da estrutura da sociedade limitada, seus bens pessoais não seriam atingidos por eventuais débitos que aquela pessoa jurídica formada adquirissem na constância de seu funcionamento. Tampouco se responsabilizaria por eventual insucesso comercial do empreendimento.

Deste fictício exemplo pode se constatar o quão importante é a sociedade limitada para a economia brasileira, pois, caso se explicitasse para aquele mesmo profissional liberal

que uma vez realizada a sociedade empresarial, ocorrendo eventual fracasso do negócio, os credores da sociedade poderiam atingir totalmente o seu patrimônio pessoal, por óbvio que este futuro empresário raciocinaria no sentido de não se arriscar no empreendimento e, daí, mais uma sociedade geradora de empregos sequer teria a oportunidade de florescer no mundo jurídico.

Adentramos então na importância da divisão clara de patrimônios existentes entre pessoa jurídica e pessoas físicas que a compõe e na importância dos limites da responsabilidade dos sócios no regime da sociedade limitada.

É claro que o regime de responsabilidade limitada dos sócios não é absoluto e, tanto o Decreto n.º 3.708 de 1919, quanto o Código Civil Brasileiro de 2002, são taxativos ao afirmar que:

“a limitação da responsabilidade do sócio não equivale à declaração de sua irresponsabilidade em face dos negócios sociais e de terceiros. Deve ele ater-se, naturalmente, ao estado de direito que as normas legais traçam, na disciplina de determinado tipo de sociedade de que se trate. Ultrapassado os preceitos da legalidade, praticando atos, como sócio, contrários à lei e ao contrato, tornam-se pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas conseqüências de tais atos.”¹⁵

Destarte, da lição doutrinária apresentada, uma vez praticando o sócio, atos contrários ao contrato ou a dispositivo de lei, torna-se o mesmo responsável solidária e ilimitadamente pela conseqüência de malfadado ato.

E traz informação assaz importante do por quê de responsabilização do sócio por atos contrários à lei o comercialista Rubens REQUIÃO:

“As limitações da responsabilidade do sócio, próprias da sociedade limitada, exigem dele comportamento ilibado, respeitando as normas contratuais e legais. Infringidas tais normas, o transgressor perde a vantagem concedida pelo tipo social, passando a responder de modo ilimitado pelos atos que autorizou ou praticou. Esta responsabilidade ampliada tem natureza solidária, pois não afastará a responsabilidade natural da sociedade que serve de instrumento para o ato; agrega-lhe a responsabilidade pessoal do sócio que deliberou de modo infrator.”¹⁶

Exemplo corrente encontrado na jurisprudência brasileira tratando deste tipo de responsabilidade se encontra no artigo 135, do Código Tributário Nacional¹⁷, o qual prescreve que a responsabilidade dos sócios, mandatários, prepostos, diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, somente será imputada quando estes agirem em detrimento da lei ou do contrato.

¹⁵ Rubens Requião. **Curso de Direito Comercial.**, página 496.

¹⁶ Rubens Requião, **Curso de Direito Comercial. 1º volume.**, página 497.

¹⁷ 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.

E mais, somente os sócios-gerentes (atualmente administradores), prepostos, diretores, etc., que tenham efetivo poder de direção da empresa responderam pela dívida tributária, pois se entende que foram estes quem se descuraram de seu dever legal¹⁸.

Em não sendo verificada tal circunstância (atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei ou contrato), impossível se faz o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios pelo mero inadimplemento tributário¹⁹.

Estamos aí a um passo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto das passagens anteriores, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas era (e em nosso ver continua sendo) princípio comezinho do direito privado brasileiro.

Esta regra já estava inserida no Código Civil de 1916 (art. 20)²⁰ e, apesar de não estar expressamente disciplinada no Código Civil Brasileiro de 2002, encontra-se perfeitamente hígida.

¹⁸ “DIREITO TRIBUTÁRIO – Embargos à execução fiscal. Responsabilidade pessoal do sócio-quotista pelas obrigações tributárias. Inadmissibilidade. Ilegitimidade passiva ad causam. ‘A prática de atos contrários a Lei ou com excesso de mandato só induz a responsabilidade de quem tenha administrado a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, isto é, seus sócios-gerentes; essa solidariedade não se expande aos meros quotistas, sem poderes de gestão.’ (RESP 40.435-SP).” (TJMG – APCV 000.289.231-3/00 – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Célio César Paduani – J. 17.03.2003)

¹⁹ “PROCESSUAL CIVIL – REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO AO SÓCIO-GERENTE – FATO INCONTROVERSO – ART. 135 DO CTN – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – SÚMULA 7/STJ – 1. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: Prática de atos com excesso de poderes ou infração de Lei, contrato social ou estatutos. Para que haja redirecionamento da execução para o sócio-gerente, é preciso que o representante da sociedade tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos. 2. No caso, há necessidade de serem avaliadas as circunstâncias da atuação dos sócios para efeito de enquadramento no previsto no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Tal exame requer o revolvimento de matéria fática, inviável em Recurso Especial, por óbice da Súmula 7/STJ. 3. A análise da prescrição intercorrente também demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, incidindo a Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial improvido.” (STJ – RESP 43797 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 21.06.2004 – p. 00180)

Ainda:

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRIBUTÁRIO – SÓCIO-GERENTE – ART. 135, III, DO CTN – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – FGTS – EXECUÇÃO FISCAL – INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – 1. A responsabilidade pessoal do sócio-gerente está condicionada à comprovação da atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, através de fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da empresa. 2. As disposições do Código Tributário Nacional, todavia, são inaplicáveis às execuções fiscais de créditos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega seguimento.” (STJ – AGA 544254 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Denise Arruda – DJU 31.05.2004 – p. 00198)

²⁰ Art. 20 - As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. (...)

A jurisprudência, ainda sob os auspícios da aplicação do Código Civil Brasileiro de 1916, sempre teve por bem respeitar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Bom exemplo pode-se extrair da passagem de voto proferido pelo então juiz convocado e hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Airvaldo Stela ALVES - em julgamento de recurso naquela Corte Araucariana:

“Como é sabido, a pessoa jurídica tem vida, personalidade e patrimônio distinto dos seus associados. Em processo de execução promovida contra a pessoa jurídica, (...) a constrição não pode atingir bens particulares de terceiros, ainda que sócios, pois são inconfundíveis. Pelo art. 20 do Código Civil as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”²¹

Não só a jurisprudência é clara em apontar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como também ensina a doutrina:

“Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam conseqüências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionadas ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.”²²

E bem assevera Fábio Ulhoa COELHO acerca da impossibilidade de confusão patrimonial entre os bens dos sócios e os bens da pessoa jurídica:

“Os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com sua parcela ideal. Trata-se definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade.”²³

Então, como se depreende iniludivelmente das passagens doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, os patrimônios dos sócios e da sociedade eram (e são) tratados como “*distintos, inconfundíveis e incomunicáveis*”²⁴

Entretanto devido a este princípio (autonomia patrimonial) o qual, ao que tudo indicava, parecia ser intocável, somaram-se várias atitudes indecorosas de maus

²¹ Trecho do voto do então juiz convocado e hoje Desembargador Airvaldo Stela Alves, nos autos de agravo de instrumento n.º 129.159-2, julgado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 19.11.2002.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA.** Volume 2. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, páginas 13-14.

²³ Idem, ibidem, página 15.

²⁴ Idem, ibidem.

empresários as quais apontavam para a necessidade de nova reflexão da “intocabilidade” de denominado princípio.

Rubens REQUIÃO, sempre à frente de seu tempo, já se fazia questionamento no final da década de sessenta, quanto à possibilidade de mau uso da personalidade jurídica, oportunidade em que escreveu o singular e inigualável trabalho em homenagem ao centenário de nascimento do Desembargador Vieira Cavalcanti Filho, trabalho este denominado “Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica”. Questionou naquela oportunidade o professor catedrático da Universidade Federal do Paraná:

“Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas sociais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores.”²⁵

E foi para conter tais abusos que o próprio Rubens REQUIÃO, bem como o professor Lamartine CORRÊA, difundiram uma teoria que, aos poucos, vinha ganhando força na doutrina e jurisprudência estrangeira, qual seja, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard doctrine*.

3.1. Conceito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Em seus estudos realizados na Alemanha, Lamartine CORRÊA constatou que o instituto da pessoa jurídica estava realmente entrando em crise. Esta crise foi, inclusive, mola propulsora para que o ilustre causídico paranaense desenvolvesse seus estudos naquele país.

A crise que Lamartine CORRÊA visualizava era a crise da própria pessoa jurídica, a qual não vinha mais sendo utilizada tão somente para os fins inicialmente previstos.

Passo a passo constatava-se que, em determinados casos, a pessoa jurídica era utilizada para alcançarem-se fins contrários à boa-fé e ao Direito. Funcionava a pessoa jurídica como “escudo” protetor de seu controlador²⁶.

²⁵ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica. (Disregard Doctrine)**. Revista dos Tribunais, volume 410, n.º 558, dezembro de 1969, página 12.

²⁶ Tanto é que se adiantando um pouco ao conceito de desconsideração apresentado pelo próprio Lamartine Corrêa este cita em sua obra **A dupla crise da pessoa jurídica** que:

“Os problemas ditos de ‘desconsideração’ envolvem freqüentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mera instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo

E para isto (mau uso da personalidade jurídica) era necessária resposta objetiva e efetiva do Direito.

Tornava-se imprescindível proteger a boa-fé.

Construiu-se então a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que Lamartine CORRÊA explica como foi construída:

“E da reação que os Tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência - para o caso concreto em julgamento - do princípio da separação entre a pessoa jurídica e a pessoa-membro. Esse fenômeno é conhecido pelo pensamento moderno pelas expressões ‘desconsideração’ da pessoa jurídica (tradução aproximada da expressão norte americana “disregard of the legal entity”) ou penetração na pessoa jurídica (aproximada tradução do alemão Durchgriff).”²⁷

Para logo adiante nesta mesma obra conceituá-la utilizando-se da lição de UNGER:

“Na precisa expressão de Unger, ‘a teoria do ‘disregard of legal entity’ permite ao juiz desconsiderar a autonomia jurídica de uma pessoa jurídica quando sua forma jurídica é utilizada abusivamente para manipulações desonestas. É justificada com a consideração segundo a qual a pessoa jurídica seria apenas uma ficção, imaginada por motivos técnico-jurídicos, para que com isso determinadas finalidades, que a ordem jurídica não desaprova, pudessem ser atingidos. Nem os imperativos da lógica nem os do Direito poderiam porém exigir do juiz a preservação dessa ficção, quando com isso pudessem ser justificadas desonestidades.”²⁸

Tal conceito se assemelha ao apresentado por João CASILLO que, resumindo o pensamento de diversos autores, se manifesta no seguinte sentido:

“Basicamente, os partidários da teoria da desconsideração afirmam que, quando a forma da pessoa jurídica, ou a própria pessoa jurídica, é utilizada com o intuito de fugir às finalidades impostas pelo Direito, dever ser, então, ‘desconsiderada’, ou melhor, não deve ser levada em conta sua existência, para, na decisão do caso que lhe é apresentado, o julgador decidir como se, na espécie, a pessoa jurídica não existisse, imputando as responsabilidades aos seus sócios, ou, mesmo, a outra pessoa jurídica de que se tenha utilizado ou mesmo, se escondido sob a forma daquela primeira.”²⁹

A doutrina estrangeira igualmente se posiciona nesse sentido como nos apresenta o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça – Ruy Rosado de AGUIAR – quando ainda julgava naquela Casa, citando o escólio de Juan DOBSON:

“Na precisa definição do em. prof. Juan Dobson (El Abuso de la personalidad jurídica, Depalma, 1985, p. 11), a desconsideração da pessoa jurídica ‘é um remédio jurídico mediante o qual resulta possível

moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência. (...) Uma pessoa jurídica pode ser, essencialmente, uma mera fachada, pessoa jurídica aparente.” (página 613)

²⁷ Op. cit. página 262.

²⁸ Idem, página 268.

²⁹ CASILLO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica**. Revista dos Tribunais n.º 528, página 24.

prescindir da forma de sociedade ou associação com que se haja revestido um grupo de pessoas ou de bens, negando sua existência autônoma de sujeito de direito frente a uma situação jurídica particular.”³⁰

Sendo que Fábio Konder COMPARATO, analisando os pressupostos apresentados pela doutrina até então existente, entende que os mesmos seriam insuficientes, partindo da idéia de que a própria separação patrimonial é a causa do negócio de sociedade. Expõe suas razões o professor titular de Direito da Universidade de São Paulo:

“O verdadeiro critério no assunto é o referente aos próprios pressupostos de separação patrimonial, enquanto causa da constituição das sociedades: de tipo formal, como por exemplo, o respeito à espécie societária; ou o pressuposto substancial da permanência do objeto e do objetivo sociais, como escopo inconfundível com o interesse ou a atividade individual dos sócios. A falta de qualquer desses pressupostos torna ineficaz a separação de patrimônios, estabelecida em regra.”³¹

Mas o que interessa para o operador jurídico, e pode se extrair perfeitamente de todos os conceitos apresentados, é que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária é medida excepcional, episódica, somente podendo ser aplicada em casos especialíssimos, sendo que esta não visa anular a pessoa jurídica, mas sim, afastar alguns de seus efeitos no caso concreto com vistas a proteger a “boa-fé e à prevenção do abuso de direito.”³²

Por isso mesmo Lamartine CORRÊA sintetiza: “por isso, em linha de princípio, só deveria ser ignorada a autonomia da pessoa jurídica quando tivesse ela sido utilizada, de modo voluntário, para fraudar a lei, elidir obrigação contratual, ou prejudicar terceiros.”³³

Estamos aí diante do próprio campo de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3.2. Campo de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Aproveitando a lúcida lição de Lamartine CORRÊA mister se faz discorrer, mesmo que brevemente, acerca de quais casos aquele ilustre doutrinador entendia ser possível a desconsideração da personalidade jurídica.

³⁰ Trecho do voto condutor do acórdão no julgamento do Resp n.º 86.502-SP, julgado pela 4ª Turma, julgamento ocorrido em 21.05.1996.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, página 297.

³² José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A Dupla crise da pessoa jurídica**, página 609.

³³ Idem, ibidem.

Lamartine CORRÊA, seguindo orientação de SERICK, apresentando exemplos para melhor elucidar cada uma das hipóteses de aplicação da teoria, discriminou os seguintes casos como passíveis de desconsideração:

“No esquema de Serick o primeiro caso de aplicação da teoria do disregard seria a hipótese de fraude à lei.

(...)

Em segundo lugar, os casos de fraude a obrigações contratuais.

(...)

A terceira hipótese do esquema de Serick corresponde a casos de fraude contra credores através da transferência de bens do devedor.

(...)

Como quarto ponto de seu esquema, menciona Serick a hipótese de vinculação entre duas sociedades como sociedade matriz e sociedade filial, sociedade principal e sociedade subsidiária.”³⁴

Como se vê do esquema proposto por SERICK (relatado por Lamartine CORRÊA), a delimitação do campo de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica seria especialmente para os casos de má gerência ou mau uso da pessoa jurídica, concorrendo o administrador em fraude à lei; fraude a obrigações contratuais; transferência de bens em fraude a credores e confusão patrimonial.

Seria este então o estrito campo de aplicação da medida excepcional da desconsideração da personalidade jurídica.

3.3. Das teorias maximalista e finalista da desconsideração

Com a evolução da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cresceu também o espectro de casos em que a jurisprudência acreditou que seria possível aproveitar-se dos benefícios de tal teoria.

Com a evolução do estudo e as constantes decisões jurisprudenciais, a doutrina convencionou subdividir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em duas, quais sejam: a teoria maior e a teoria menor.

Dada a simplicidade e facilidade com que trata o assunto, mister se faz transcrever o pensamento de Fábio Ulhoa COELHO sobre esta subdivisão da teoria:

“Há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação do patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao gerente etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria *maior*. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria *menor*, que se contenta com a

³⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A Dupla crise da pessoa jurídica**, páginas 273;274; 275.

demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.”³⁵

Como visto o Direito Brasileiro atualmente se defronta com duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica. A teoria maior pela qual não basta a mera ausência de bens para a aplicação da desconsideração, mas sim, devem estar presentes os requisitos da fraude a lei ou ao contrato, fraude contra credores, abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial. E a teoria menor, adotada sobretudo pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Consolidação das Leis do Trabalho, a qual exige tão somente o inadimplemento da obrigação para que se possa descortinar-se a personalidade jurídica da sociedade empresária.

3.4. A Desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil Brasileiro de 2002

Muito discutida a *disregard doctrine* no direito pátrio e, após a evolução das decisões jurisprudências, pouco a pouco a teoria que outrora era mera construção pretoriana, passou a ser positivada em nosso ordenamento.

Apesar de alguns entenderem que a teoria da desconsideração já havia sido inserida em nosso ordenamento através do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e do artigo 135 do Código Tributário Nacional, e outros serem contrários a esta idéia, é inegável que a teoria da desconsideração teve considerável avanço com sua positivação no Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Tudo aquilo que se discutia sobre a impossibilidade de aplicação da teoria caiu por terra, pois a partir da promulgação da lei consumerista a desconsideração da personalidade jurídica foi inegavelmente positivada no Direito Pátrio.

Seguindo essa tendência (e como não poderia ser diferente), o Código Civil Brasileiro de 2002 resolveu trazer para o disciplinamento legal a teoria da desconsideração.

Inicialmente a desconsideração foi positivada no artigo 49 do Anteprojeto de Lei que viria a ser o embrião do atual Código Civil.

Diante das críticas de grande parte da doutrina, dentre as quais pode se destacar a crítica de Lamartine CORRÊA³⁶ e de Rubens REQUIÃO, abandonou-se à idéia de

³⁵ Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2, página 35.

³⁶ Dessa forma se manifestou Lamartine CORRÊA ao comentar o projeto de Lei enviado ao Congresso:

“4.4. o combate ao abuso – O art. 49, na esteira da experiência fornecida pelo Direito Comparado, procurou coibir a chamada ‘fraude por meio da pessoa jurídica’, ou ‘abuso da personalidade jurídica’. Bem teria andado se tivesse a Comissão se limitado à norma do parágrafo único, que, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, manda responder, em tais casos, pelas dívidas, ‘conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.’ Até aí, tudo muito bem. O que não se concebe, porém, é que, para se sanar a lesão de que a pessoa jurídica foi vítima, pois seu nome

dissolução da sociedade empresária e deu-se nova redação ao artigo que tratava do assunto, sendo que em sua redação final o dispositivo foi relacionado com o número 50 e ganhou a seguinte redação:

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.

Eis a manifestação da doutrina acerca do artigo 50, do Código Civil Brasileiro de 2002:

“A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles; além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso de direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade. Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valeram como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”³⁷

Não é difícil visualizar que o legislador civil de 2002, ao albergar no bojo do Código Civil a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o fez com base na teoria maior da desconsideração exigindo, outrossim, que efetivamente restasse comprovado pelo credor o abuso da personalidade jurídica com intuito de prejudicar credores.

Mister se faz ressaltar. Ao acolher a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica o legislador civil de 2002 não autorizou a aplicação de denominada teoria somente com base na mera ausência de bens. Mister se ter presentes os requisitos exigidos pela melhor doutrina.

Este inclusive é o escólio de Fábio Ulhoa COELHO:

“A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o

foi utilizado, em proveito próprio, por sócios ou administradores desonestos, seja a pessoa jurídica dissolvida. E é isso, nada mais, nada menos, que é autorizado pelo ‘caput’ do mencionado artigo 49, que permite a dissolução da pessoa jurídica de que se abusou, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, e por decisão judicial. Cura-se a doença cortando-se a cabeça do doente. Acode-se ao lesado tirando-se-lhe a vida. Urge retirar ao Anteprojeto o perigoso radicalismo dessa sanção da dissolução.” (in **A parte geral do anteprojeto de Código Civil**, Revista dos Tribunais n.º 466, ano 63, agosto de 1964, página 276)

³⁷ DINIZ, Maria Helena; [et alii]. **Novo Código Civil Comentado**, coordenação Ricardo Fiúza, 1 ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002, página 65.

juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor. Por outro lado, nas situações abrangidas pelo ar. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC/2002) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.”³⁸

Por este motivo Renan LOTUFO arremata que há uma “lista tríplice” de requisitos para que seja possível o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica com vistas ao que dispõe o artigo 50:

“Assim, para atender à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida por ‘disregard doctrine’ ou ‘disregard of legal entity’, no Direito anglo-americano, teoria do ‘superamento della personalità giuridica’ na doutrina italiana; ‘teoria da penetração’ – ‘Durchgriff deer juristischen Personen’, na doutrina germânica; o ‘abus de la notion de personnalité sociale’ ou ‘mise à l’ecart de la personnalité morale’, do Direito francês, necessário se torna que o preceito contemple o tríplice interesse posto pela doutrina, porquanto aplicável diante de atos ilícitos, ou abusivos, que concorram para fraudar a lei ou ainda para lesar terceiros.”³⁹

Destarte, de tudo o que foi exposto nas passagens doutrinárias anteriores, se pode concluir, iniludivelmente, que a melhor interpretação a ser dada para o artigo 50, do Código Civil Brasileiro de 2002, é a de que tal dispositivo albergou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando se fique constatado o real desvirtuamento do instituto com vistas a prejudicar credores, não bastando, no entanto, eventual prejuízo patrimonial de determinado credor para a aplicação da medida excepcional.

4. DA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELOS TRIBUNAIS COM BASE NA MERA AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE BENS

E nesse derradeiro estágio do presente trabalho chegamos ao ponto crucial do mesmo.

Tem nos chamado a atenção (e diga-se de passagem com grande preocupação) a atual aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais brasileiros.

Em rápida pesquisa jurisprudencial realizada pudemos constatar que a aplicação da teoria da desconsideração tem crescido consideravelmente nos últimos tempos (o que não deixa de ser muito bom).

³⁸ Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. volume 2, página 54.

³⁹ Renan Lotufo, op. cit., página 145.

Entretanto o fato preocupante dessa crescente e vertiginosa aplicação da teoria da desconsideração pelos tribunais, reside no fato de que, atualmente, mesmo nos casos de relações meramente comerciais ou civis (excluídas então as relações consumeristas, trabalhistas e ambientais), nas quais deveria se verificar o preenchimento dos requisitos do artigo 50, do Código Civil (fraude, abuso do direito ou confusão patrimonial - requisitos da teoria maior), para que fosse possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, os tribunais relegam a teoria maior para segundo plano e, com base no único pressuposto da teoria menor (inadimplemento da obrigação), aplicam o remédio excepcional da *disregard doctrine*.

Para corroborar com a afirmação que estamos produzindo, constata-se exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

*“Agravado de Instrumento. Pedido julgado procedente. Execução por título judicial. Insuficiência de bens da sociedade para pagamento do débito. Desconsideração da pessoa jurídica e penhora dos bens pessoais dos sócios até o valor integral da obrigação. Possibilidade. Provimento do recurso.”*⁴⁰ (grifo nosso)

No mesmo diapasão o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

*“EXECUÇÃO DE SENTENÇA – INEXISTÊNCIA DE BENS EM PROPRIEDADE DA SOCIEDADE COMERCIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL/2002. Deve ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese em que inexistem bens em propriedade da sociedade comercial executada passíveis à garantia do juízo.”*⁴¹ (grifo nosso)

Por fim para ficarmos somente em alguns dos tantos exemplos páis afora de decisões neste sentido, apresente-se alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FACE DE PESSOA JURÍDICA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PENHORA - NULIDADE RELATIVA - MATÉRIA NÃO APRECIADA NA DECISÃO RECORRIDA - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - NÃO CONHECIMENTO DA MATÉRIA - BENS PARA A GARANTIA DO CRÉDITO EXEQUENDO - PENHORA SOBRE BENS DE SÓCIO - POSSIBILIDADE - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

1. A nulidade da penhora aventada no presente recurso de agravo de instrumento não foi objeto de análise da decisão recorrida, logo, não pode ser conhecida por este Tribunal.
2. Na ausência de bens para garantir a dívida da pessoa jurídica, a penhora poderá recair sobre bens de propriedade dos sócios; hipótese perfeitamente possível ante a doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica, se evidenciado que a pessoa jurídica não possui lastro patrimonial para suportar as dívidas contraídas.

⁴⁰ TJRJ, 15ª Câmara Cível, agravo de instrumento n.º 21.735/2003, relator Desembargador Gilberto Dutra Moreira, julgamento em 09.06.2004.

⁴¹ TAMG, 7ª Câmara Cível, agravo de instrumento n.º 431.846-7, relator juiz Unias Silva, julgamento em 11.12.2003.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”⁴² (grifo nosso)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE PARA POSSIBILITAR A BUSCA DE BENS DOS SÓCIOS. INDEFERIMENTO. Agravo de instrumento. Diligências realizadas no sentido de buscar bens de propriedade da agravada. Comprovação. *Possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da agravada ante a comprovada ausência de bens.* Decisão cassada. Recurso provido.”⁴³ (grifo nosso)

Como visto, já sob os auspícios do novo Código Civil Brasileiro, decisões jurisprudenciais, proferidas por gabaritados, experientes e estudiosos magistrados, vêm aplicando indiscriminadamente a desconsideração da personalidade jurídica com base tão somente na premissa de ausência ou insuficiência de bens, sem se aterem aos requisitos exigidos pelo artigo 50, do Código Reale, há muito dissecados por Lamartine CORRÊA, e que são imprescindíveis para aplicação da teoria.

4.1. Conflito desta interpretação pretoriana com o disposto no artigo 50 do Código Civil Brasileiro de 2002

Neste importante e espinhoso ponto do trabalho, não podemos nos furtar de analisar os motivos que levam alguns julgadores a se posicionarem no sentido indicado, de desconsiderar a personalidade jurídica com base tão somente da falta de bens capazes de assegurar o adimplemento de determinadas obrigações.

No mesmo diapasão, tentaremos arrolar quais são as conseqüências que tais decisões podem trazer para o mundo comercial e jurídico.

Apresentaram-se linhas atrás decisões que determinaram a desconsideração da personalidade jurídica com base tão somente na insuficiência de bens da sociedade empresária devedora. Constatou-se do corpo dos acórdãos e das próprias ementas colacionadas que os tribunais, ao decidirem pela desconsideração, omitiram-se em analisar os pressupostos de aplicação encontrados no artigo 50, do Código Civil Brasileiro.

Entretanto não podemos deixar de questionar o raciocínio produzido.

É correta a decisão que simplesmente defere a desconsideração somente por que um credor não pode satisfazer seu crédito?

E mais. Ao deixar de analisar os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil não se estará cometendo ofensa a lei infraconstitucional e desvirtuando o próprio conceito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

⁴² TJPR, 17ª Câmara Cível, agravo de instrumento n.º 232.830-4, relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgamento em 22.03.2005.

⁴³ TJPR, 15ª Câmara Cível, agravo de instrumento n.º 275.701-7, relator Desembargador Paulo Habith, julgamento em 08.03.2005.

A primeira pergunta formulada vai ser mais à sociedade respondida no capítulo conclusivo do presente trabalho monográfico, entretanto nos adiantamos à apresentação da conclusão nos posicionando no sentido de que por mais relevantes sejam os motivos que levem alguns julgadores a determinar a aplicação do remédio excepcional da desconsideração somente com base na premissa de ausência de bens, tais decisões não são corretas pois deixam de analisar os requisitos indicados pela doutrina para aplicação do instituto.

Ressalte-se que a desconsideração é medida excepcional e somente deve ser determinada em pontuais casos aonde seja realmente comprovada a utilização da pessoa jurídica para alcance ou acobertamento de fins escusos.

De igual maneira, justamente por ser exceção, a desconsideração deve ser deferida quando se encontrarem preenchidos os requisitos para sua aplicação, pois somente a premissa de ausência de bens não tem o condão de revelar que o empresário devedor esteja imbuído de má-fé ao não cumprir com sua obrigação.

Ressalte-se que em um país ainda em desenvolvimento como o nosso, no qual os empresários podem ser surpreendidos por diversos planos econômicos, eventuais inadimplementos obrigacionais podem revelar muito mais uma má surpresa do mercado do que efetivamente má administração.

Este é exatamente o lúcido raciocínio de João CASILLO:

“Podemos encontrar inúmeras situações onde a empresa tornou-se insolvente sem que tenha havido utilização da pessoa jurídica de maneira indevida, como v.g., uma falência por circunstâncias normais de uma crise de mercado. Neste caso, não há porque falar em desconsideração da pessoa jurídica (...)”⁴⁴

Mesmo posicionamento do ex-magistrado José Waldeci LUCENA:

“Assim obrando [diligentemente], não poderá o gerente/administrador, tão somente porque inexitoso em sua administração, ser responsabilizado. Se não se excedeu, nem se desviou de seus poderes gestórios e de apresentação, não haverá fundamento para se lhe imputar qualquer responsabilidade. Os azares, a álea, a tirania das circunstâncias (como as chamou Galbraith) rondam os negócios. E em países como o nosso, de economia instável, há ainda o ‘fato do príncipe’ (em oito anos, oito planos econômicos), a transformar, repentinamente, bons negócios em caminho certo até mesmo para quebra.”⁴⁵

Outrossim nos filiamos a opinião de que não basta a mera ausência de bens ou o mero inadimplemento de determinada obrigação para que seja possível o levantamento do véu da pessoa jurídica.

⁴⁴ Artigo citado, página 37.

⁴⁵ Obra citada, página 402.

Devem existir comprovadamente os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil e estar demonstrados às escâncaras a tentativa de fraude contra credores para que se despersonalize a pessoa jurídica.

Ressalte-se que várias decisões jurisprudenciais dos mais diversos e respeitados tribunais da República indicam que a mera ausência ou insuficiência de bens não é motivo bastante para a desconsideração da personalidade jurídica o que corrobora nosso entendimento.

A título de exemplo colacione-se o que decidiu o 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo:

“EXECUÇÃO - PENHORA - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - SOCIEDADE - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - BEM PARTICULAR DO SÓCIO - SIMPLES DIMINUIÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - DESCABIMENTO - EXEGESE DO ARTIGO 50, DO CÓDIGO CIVIL (LEI Nº 10406, 10.1.2002)

Descabe a pretensão do credor na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, objetivando a penhora dos bens particulares dos sócios, na hipótese em que não houve prova da gestão fraudulenta ou abusiva da empresa, mas simples diminuição de suas atividades.”⁴⁶ (grifo nosso)

“EXECUÇÃO - PENHORA - SOCIEDADE - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - MERA AUSÊNCIA DE BENS – INADMISSIBILIDADE

A inexistência de bens não se mostra suficiente para que seja acolhida a tese de desconsideração da pessoa jurídica.”⁴⁷ (grifo nosso)

“EXECUÇÃO - PENHORA - SOCIEDADE - BENS PESSOAIS DOS SÓCIOS - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - JUSTIFICAÇÃO - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE

Para a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, insuficiente a simples afirmação de inexistência de bens penhoráveis. Necessária a comprovação do desvio de finalidade de molde a caracterizar o abuso da personalidade jurídica, praticado pelos sócios de modo fraudulento e com a finalidade de lesar terceiros.”⁴⁸ (grifo nosso)

Não difere deste posicionamento o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – REQUISITOS – 1 – A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos do artigo 50, do atual Código Civil, exige a comprovação de dois requisitos: O desvio de finalidade ou a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. 2 – Não sendo contundentes as provas apresentadas, não se pode conceder a medida. A mera ausência de bens da propriedade de empresa, por si só, não autoriza a medida. 3 – Recurso conhecido e não provido. Unânime.”⁴⁹

E magistralmente não admitindo a desconsideração por mera ausência de bens o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

⁴⁶ 2º TACVSP, AI n.º 789.705-00/0, 1ª Câmara Cível, relator Juiz Magno Araújo, julgamento em 29.4.2003.

⁴⁷ 2º TACVSP, AI n.º 863.206-00/1, 2ª Câmara Cível, relator Juiz Vianna Cotrim, julgamento em 30.8.2004.

⁴⁸ 2º TACVSP, AI n.º 821.143-00/1, 11ª Câmara Cível, relator Juiz Egidio Giacoia, julgamento em 17.11.2003.

⁴⁹ TJDF, agravo de instrumento n.º 20030020090697, 5ª Turma Cível, Relª Desª Haydevalda Sampaio, publicado no DJU de 04.03.2004, página 59.

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. Como medida excepcional, que é, a desconsideração da pessoa jurídica somente se legitima quando demonstrada a presença de seus requisitos - fraude ou abuso de direito por parte do sócio com intuito de desviar a finalidade da pessoa jurídica -, não se mostrando apta a sua incidência a mera insuficiência de bens para garantia da dívida.”⁵⁰ (grifo nosso)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - *DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE - CONSTRIÇÃO DE BENS DA PESSOA FÍSICA DE SÓCIO - GERENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES JUSTIFICÁVEIS* - EMPRESA HÍGIDA, EM ATUAÇÃO E QUE POSSUE BENS - CDC INAPLICÁVEL - LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Para a desconsideração da pessoa jurídica não basta a simples ausência de bens, sendo necessário comprovar, nos termos do art. 50 do novo Código Civil, o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

A penhora de bens particulares dos sócios, em execução movida contra a sociedade, é restrita às hipóteses previstas em lei, quais sejam, nos casos de excesso de mandato e de violação ao contrato social ou legal, nesta última, inclui-se os casos de irregular dissolução.

(...).⁵¹ (grifo nosso)

Ou seja, como magnanimamente ensinou o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Ulysses LOPES, a desconsideração da personalidade jurídica por ser “medida de natureza excepcional, somente é aplicável diante de prova abundante de que a pessoa jurídica foi utilizada para a realização de uma fraude ou abuso de direito”.⁵² Onde conclui que não bastam meras suposições para o deferimento de tal medida extrema.

Sem olvidar então que não é o bastante (para a desconsideração da pessoa jurídica), a “mera declaração de insuficiência de bens” como bem assinalou em voto recente o Desembargador Domingos RAMINA:

“Somente a circunstância da empresa não possuir bens suficientes para garantir a quitação da dívida, não é satisfatório, por si só, a autorizar a extensão das obrigações da empresa a seus sócios, mister que seja comprovada a fraude contra o credor, que a pessoa física esteja usando a personalidade jurídica para colocar seus bens a salvo.”⁵³

Outrossim, nas hipóteses de mera falta de bens é defeso ao magistrado desconsiderar a personalidade jurídica!

Como bem assinalou o jurista paulista Fábio Ulhoa COELHO:

⁵⁰ TJPR, Processo n.º 138.988-2, 1a. Câmara Cível, Relator: Ulysses Lopes, Número do Acórdão: 23288, Data de Julgamento: 1º.07.2003.

⁵¹ TAPR, agravo de instrumento n.º 266.609.9, 6ª Câmara Cível, relatora Anny Mary Kuss, julgamento em 19.10.2004.

⁵² Pensamento esposado pelo Desembargador Ulysses Lopes, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 138988-2, perante a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em 1º de julho de 2003

⁵³ Trecho de seu voto no julgamento do agravo de instrumento n.º128.101-20, perante a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, cuja decisão se deu no dia 03/09/2002.

“Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das sociedades empresárias, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica.

Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Esse é o sentido da ressalva de Serick ao seu primeiro princípio e do segundo, em que insiste no descabimento da desconsideração quando não caracterizada especificadamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto.”⁵⁴

Dessarte, como já dito *“não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza.”*⁵⁵.(grifo nosso)

Outrossim, como bem advertiu o eminente Desembargador Ulysses LOPES *“há, portanto, de haver cautela por parte do julgador na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.”*⁵⁶ (grifo nosso)

4.2. Conflito da desconsideração por ausência de bens com o instituto da sociedade limitada. Derrogação do regime ou não?

Outro ponto que não poderíamos deixar de abordar nesta oportunidade é a análise do conteúdo destas decisões com vistas às consequências que as mesmas trazem para o mundo negocial em geral e para o regime das sociedades limitadas.

Como já minuciosamente apresentado no capítulo “3” do presente trabalho a sociedade limitada é extremamente utilizada pelos empresários em geral e tem relevância sem igual para o mundo comercial brasileiro.

Dada a sua importância o legislador civil de 2002, ao unificar o direito comercial com o direito civil em uma só codificação, sequer pensou em deixar de fora este tipo de sociedade do ordenamento pátrio.

Dedicou um capítulo inteiro somente para tratar do assunto⁵⁷.

Dessarte, não se pode chegar a outra conclusão se não a de que o instituto da sociedade limitada é legalmente admitido pelo ordenamento jurídico e está plenamente hígido pelo que deve ser respeitado.

⁵⁴ Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. volume 2, páginas 38-39.

⁵⁵ Idem, ibidem, página 39.

⁵⁶ Pensamento esposado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 138988-2, perante a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em 1º de julho de 2003.

⁵⁷ Capítulo IV do Código Civil Brasileiro de 2002, artigos 1.052 a 1.087.

Diante da extrema importância do instituto e tendo em vista, como já foi dito em linhas anteriores, que vários empresários brasileiros procuram escolher a sociedade limitada principalmente pelo seu regime de *responsabilidade limitada*, entendemos que eventuais decisões que desconsiderem indiscriminadamente a personalidade jurídica deste tipo de sociedade por mera insuficiência de bens, além de ofenderem à disposição legal (artigo 50), ofendem ainda o regime jurídico das sociedades limitadas e podem desaguar na própria derrogação do instituto.

Os defensores da desconsideração da personalidade jurídica com base na mera insuficiência de bens podem argumentar que tal desconsideração é episódica e que, por isso, não teria o condão de “derrogar” o instituto da sociedade limitada previsto nos artigos 1.052 e seguintes.

Entretanto pensamos diametralmente diferente.

Ao desconsiderar-se a personalidade jurídica da sociedade empresária limitada com base nesta única premissa apontada, estar-se-á descurando dos reais ensinamentos que ampararam o desenvolvimento da doutrina e transformando o regime jurídico da sociedade que antes era limitada em sociedade irregular. Daí, ao transformar a sociedade limitada em sociedade irregular a consequência alcançada é a responsabilidade *ilimitada* dos sócios integrantes.

E daí vários problemas pululam.

Como fica a situação daquele sócio que não tinha poder de gerência na sociedade? Deverá ele igualmente ter constrictos seus bens por atos que não participou ou sequer foi consultado?

No mesmo sentido. Com a despersonalização para atingir todos os sócios, ultrapassando mesmo os limites do capital social, não se estará ofendendo a disposição prevista no artigo 1.052 do Código Civil e o próprio regime jurídico das sociedades limitadas?

Entendemos que todos estes questionamentos somente podem convergir para a conclusão de que i) ao desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade limitada por mera ausência de bens estar-se-á primeiramente ofendendo o disposto no artigo 1.052 do Código Civil Brasileiro que dispõe que “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas”, pois se estará aplicando o regime das sociedades simples, ou mesmo, das sociedades irregulares, com a imposição da responsabilidade ilimitada dos sócios, o que, com inequívoca certeza, não foi a intenção exposta pelo legislador no artigo 1.052.

Igualmente, ao se aplicar indiscriminada e açodadamente o instituto, estar-se-á pré-julgando que mesmo aquele sócio da limitada que não tinha poderes de gerência ou não concordava com a utilização da sociedade para fins que não fossem aqueles inicialmente

previstos em seu objeto social, é empresário de más intenções e visa com a instituição da sociedade lesar terceiros.

Ou seja, coloca-se no mesmo patamar o bom e o mau empresário, o empresário inescrupuloso e antiético com aquele empresário que só tinha a intenção de desenvolver atividade honestamente.

Isso é inadmissível!

Não podemos deixar de ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica é exceção e, justamente por ser exceção, foi criada para combater outra exceção, o inescrupuloso empresário.

Entretanto há a regra e a regra é a de que o empresário é honesto e se utiliza da sociedade empresária, seja ela limitada ou de qualquer outro regime, para antes de tudo sobreviver e, em um segundo momento, para angariar riquezas e, não, constitui a sociedade empresária para dar calotes, ludibriar credores e imprimir golpes pela praça mercantil.

Para esses casos sim, somos totalmente partidários de que se deve utilizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica para atingimento dos bens do sócio e, se possível, até a adoção das medidas reipersecutórias criminais se necessário, pois se estará contribuindo para a extirpação deste mau empresário do mundo dos negócios.

Ainda não poderíamos nos furtar de destacar que aplicando-se-lhe o instituto com base somente nesta premissa estar-se-á caminhando por estrada extremamente perigosa que, se por um lado, privilegia a satisfação de um direito do credor, por outro lado põe em cheque toda a estrutura da pessoa jurídica e pode afugentar investimentos, o que não é preciso mencionar tem conseqüências nefastas como o desemprego, o aumento da informalidade, o não recolhimento de impostos e assim por diante.

Por todas estas razões expostas acreditamos que a desconsideração da personalidade jurídica amparada tão somente na ausência de bens para pagamento de determinado credor não pode ser acolhida por ofender o artigo 50 do Código Civil Brasileiro, derrogar o sistema da sociedade limitada prevista nos artigos 1.052 e seguintes também do Código Civil Brasileiro, além de, afugentar investimentos que podem gerar empregos aos cidadãos brasileiros.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi apresentado até o presente momento nos sentimos à vontade para apresentar algumas conclusões, além daquelas já expostas nos capítulos anteriores.

Arriscaríamos afirmar, com todo o respeito aos que pensam o contrário, que se o professor Lamartine Corrêa já na década de setenta advertia que “as técnicas de disregard ou de Durchgriff são o mais agudo sintoma de crise de função” pois “elas denunciam a

existência de um desvio do instituto - da função que lhe foi assinalada pelo legislador⁵⁸, hodiernamente estamos diante de *agudo sintoma de crise da aplicação* do próprio instituto da desconsideração da personalidade jurídica (para utilizarmos as sábias palavras do mestre das araucárias).

Agudo sintoma de crise de aplicação do instituto por quê?

Simplesmente pelo fato da aplicação desmesurada, indiscriminada e não tão criteriosa do instituto da desconsideração para uma cem gama de situações sem se ter em vista os fundamentos doutrinários e pretorianos indicados pela melhor doutrina para aplicação de tão importante teoria.

Descura-se na maior parte dos casos (e aqui se encontra a nossa preocupação) dos requisitos básicos para aplicação da teoria, quais sejam: fraude ou abuso do direito, desvio de bens ou confusão patrimonial.

Ao assim decidir, por certo, estar-se-á trafegando por terreno extremamente pantanoso e perigoso, pois o raciocínio tornar-se-á deveras simplista, ocorrendo, inclusive, a possibilidade de derrogação do regime das sociedades limitadas como demonstramos no capítulo anterior.

Registre-se que, felizmente, em boa parte dos casos andam bem os tribunais e autorizam o levantamento do véu da pessoa jurídica somente nas hipóteses em que, escancaradamente, ficar comprovado o desvio de bens, a fraude e a intenção do mau empresário em lesar terceiros.⁵⁹

Entretanto, por outro lado, crescentemente (o que nos preocupa), uma grande parcela dos tribunais, ao que parece confundindo o sentido da norma prevista no artigo 50 do Código Civil Brasileiro de 2002 (teoria maior da desconsideração) com o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (teoria menor), têm aplicado o instituto baseando-se na falsa premissa de que somente o fato de determinado credor não encontrar bens capazes de satisfazer seus créditos já seria motivo apto a desconsiderar a personalidade jurídica.

Alguns julgados mais afoitos chegam a considerar a necessidade de desconsideração pela ausência de bens com base no artigo 1.023 do Código Civil Brasileiro⁶⁰ o que, em nossa opinião, é manifesta erronia haja vista que tal dispositivo regula as sociedades simples e não as sociedades limitadas⁶¹.

⁵⁸ Lamartine Corrêa. **A dupla crise da pessoa jurídica.**, página 608.

⁵⁹ "AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – REQUISITOS – 1 – A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos do artigo 50, do atual Código Civil, exige a comprovação de dois requisitos: O desvio de finalidade ou a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. 2 – Não sendo contundentes as provas apresentadas, não se pode conceder a medida. A mera ausência de bens da propriedade de empresa, por si só, não autoriza a medida. 3 – Recurso conhecido e não provido. Unânime." (TJDF – AGI 20030020090697 – DF – 5ª T.Cív. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 04.03.2004 – p. 59)

Por tudo isso para a boa aplicação do instituto da *disregard* nas relações comerciais ou civis, há a inconcussa necessidade de que o credor prove com provas robustas e insuperáveis a ocorrência de fraude ou abuso do direito. Nas palavras mais contundentes e extremamente lúcidas do Desembargador MILANI DE MOURA do Tribunal de Justiça do Paraná: “os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros devem estar demonstrados de forma inequívoca, tudo sob o crivo do devido processo legal.”⁶²

Dentre tantas decisões paradigmáticas que poderíamos nos utilizar no presente momento, reputamos como adequada com o raciocínio e conclusões que temos desenvolvido no presente trabalho, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica com base tão somente no possível prejuízo patrimonial advindo ao credor pelo inadimplemento obrigacional da sociedade limitada. Nestes termos se manifestou aquela casa julgadora:

“Desconsideração da personalidade jurídica. Para a aplicação dessa regra de direito, que é excepcional, é necessário que haja deliberada intenção do sócio na utilização fraudulenta da pessoa jurídica, não bastando que sobrevenha prejuízo a terceiro em decorrência da autonomia patrimonial. Com efeito, *se não há bens no patrimônio social, suficientes para o pagamento de um credor, não poderá a personalidade jurídica da sociedade devedora ser desconsiderada somente por força deste prejuízo que sofrerá o credor, sendo imprescindível que o prejudicado prove ter ocorrido a utilização, fraudulenta ou abusiva, intencional da pessoa jurídica. Sem este elemento subjetivo, não se poderá invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.*”⁶³ (grifo nosso)

Ressalte-se, outrossim, que outro fundamento que nos conduz a entender que a insuficiência ou ausência de bens não é fato autorizativo à desconsideração da personalidade jurídica encontra-se no entendimento firmado e representado por reiteradas

⁶⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSUFICIÊNCIA DOS BENS DA SOCIEDADE PARA PAGAMENTO DO DÉBITO. Desconsideração da pessoa jurídica e penhora dos bens pessoais dos sócios, até o valor integral da obrigação. Possibilidade. Provimento do recurso.” (TJRJ, 15ª Câmara Cível, agravo de instrumento n.º 21.735/2003, relator Desembargador Gilberto Dutra Moreira, julgamento em 09.06.2004)

Dos fundamentos do acórdão se extrai a seguinte assertiva:

“De fato, *na forma ao atual art. 1.023 do Código Civil*, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, se os bens da mesma não lhe cobrirem as dívidas, ocasião em que responderão os sócios pelo saldo, na proporção de suas perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária, sendo que seus bens não podem ser executados senão depois dos bens sociais (art. 1.024)” (grifo nosso)

⁶¹ Ricardo FIÚZA, um dos relatores do projeto do Código Civil ora em vigor, ao comentar o artigo 1.028 é claro ao assinalar a que tipo de sociedades se refere denominado artigo. “A responsabilidade dos sócios na *sociedade simples* é ilimitada (...)”. (grifo nosso) (Fiúza, Ricardo; [et alii]. **Novo Código Civil Comentado**, coordenação Ricardo Fiúza, 1 ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002, página 924.

⁶² Trecho de seu voto no julgamento da apelação cível n.º 143.707-0, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Julgamento ocorrido em 29.09.2004.

⁶³ TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, agravo de instrumento n.º 318.301-5/6-00, relator Desembargador Guerrieri Rezende, julgamento em 16.06.2003, publicado *in* RT n.º 819 – janeiro de 2004, ano 93.

decisões do Superior Tribunal de Justiça em casos de responsabilidade do sócio-gerente ou representante da pessoa jurídica quando esta apresenta débitos fiscais.

Nesse sentido tem decidido a mais alta Corte de uniformização jurisprudencial em legislação infraconstitucional, inclusive por uma de suas duas Seções:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. *Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.*

2. *Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores 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 estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).*

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. *O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.*

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.”⁶⁴ (grifo nosso)

Como visto, aquela excelsa Corte inadmite a responsabilidade do sócio por mero inadimplemento tributário pois bem anota que “o simples inadimplemento não caracteriza infração legal.” Pois “inexistindo prova de que se tenha [o sócio] agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do (...) [mesmo] a esse título ou a título de infração legal.”

Ora, se em um país ganancioso e extremamente voraz em arrecadação tributária, feliz e lucidamente os Tribunais põem freios nas tentativas inóspitas do Fisco em cobrar tributos de quem não agiu com má-fé, dolo, ou qualquer infração ao contrato ou a própria lei, não vemos como possa ser admitido o pensamento contrário em situações análogas só que se tratando de relações não tributárias mas sim meramente comerciais.

Por fim, mister se faz ressaltar a lição sempre atual de Rubens REQUIÃO para quem: “o levantamento do véu da personalidade jurídica, pela aplicação da ‘disregard doctrine’, [deve ser] feito com extrema cautela e em casos excepcionais.” Não deve se transformar “numa panacéia, aplicável ao talante das paixões, dúvidas e interesses momentâneos e menos graves” “pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados,

⁶⁴ STJ, 1ª Seção, Embargos de Divergência em Resp n.º 260.107-RS, relator Ministro José Delgado, julgamento por unanimidade em 10.03.2004. No mesmo sentido alguns exemplos da mesma Casa com este entendimento: EDclAgrI n.º 603.226-RS, 1ª Turma, relator Ministro José Delgado, publicado no DJU de 28.02.2005. RESP 108827-RS, RESP 139872-CE (RSTJ 109/52), RESP 100739-SP (RSTJ 117/287, RET 8/68), RESP 139872-CE (RSTJ 109/52), RESP 138707-SP (RDR 12/228), RESP 79155-CE, RESP 101597-PR.

e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.”⁶⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 43.797-SP, 2ª Turma, relator Ministro Castro Meira, publicado no DJU de 21.06.2004, página 180.

_____. Agravo de instrumento n.º 5442.54-PR, 1ª Turma, relatora Ministra Denise Arruda, publicado no DJU de 31.05.2004, página 198.

_____. Recurso Especial n.º 86.502-SP, 4ª Turma, Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgamento ocorrido em 21.05.1996.

_____. Embargos de Divergência em Resp n.º 260.107-RS, 1ª Seção, relator Ministro José Delgado, julgamento por unanimidade em 10.03.2004.

CASILLO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica**. Artigo publicado na RT n.º 528/24-40.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA**. Volume 2. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJDF, agravo de instrumento n.º 20030020090697, 5ª Turma Cível, Relª Desª Haydevalda Sampaio, publicado no DJU de 04.03.2004, página 59.

FIÚZA, Ricardo;[*et alii*]. **Novo Código Civil Comentado**, coordenação Ricardo Fiúza, 1 ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Fontes das obrigações: contratos, volume IV**. 5 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado. Volume 1. parte geral (arts. 1º a 232)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCENA, José Waldeci. **Das sociedades limitadas**. 5 ed., ampliada em face do novo Código Civil. São Paulo: renovar, 2003.

⁶⁵ Rubens Requião. **Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica. (Disregard Doctrine)**., páginas 20 e 23.

MARTINS, Fran. **Sociedade por quotas no Direito estrangeiro e brasileiro. Volume I.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 000.289.231-3/00. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Célio César Paduani. Julgamento em 17.03.2003.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Agravo de instrumento n.º 431.846-7, 7ª Câmara Cível, relator juiz Unias Silva, julgamento em 11.12.2003.

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

_____. **Conceito da pessoa jurídica.** Curitiba (tese), 1962.

_____. **A parte geral do anteprojeto do Código Civil Brasileiro.** Revista dos Tribunais n.º 466, ano 63, agosto de 1974.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de instrumento n.º 129.159-2, 1ª Câmara Cível, relator Desembargador Airvaldo Stela Alves, julgamento em 19.11.2002.

_____. Agravo de instrumento n.º 232.830-4, 17ª Câmara Cível, relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgamento em 22.03.2005.

_____. Agravo de instrumento n.º 275.701-7, 15ª Câmara Cível, relator Desembargador Paulo Habith, julgamento em 08.03.2005.

_____. Processo n.º 138.988-2, 1a. Câmara Cível, relator Desembargador Ulysses Lopes, Número do Acórdão: 23288, Julgamento em 1º.07.2003.

_____. Agravo de instrumento n.º 128.101-20, 5ª Câmara Cível, relator Desembargador Domingos Ramina, julgamento em 03.09.2002.

_____. Tribunal de Alçada Cível. Agravo de instrumento n.º 266.609.9, 6ª Câmara Cível, relatora Anny Mary Kuss, julgamento em 19.10.2004.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica (Disregard Doctrine).** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, n.º 58, p. 13-24, dezembro de 1969.

_____. **Curso de Direito Comercial. 1º volume de acordo com as Leis n.º 10.303 e 10.406.** 25 ed., atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, agravo de instrumento n.º 21.735/2003, 15ª Câmara Cível, relator Desembargador Gilberto Dutra Moreira, julgamento em 09.06.2004.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado. Volume I.** 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n.º 318.301-5/6-00, 7ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Guerrieri Rezende, julgamento em 16.06.2003, publicado *in* RT n.º 819, janeiro de 2004, ano 93.

_____. 2º Tribunal de Alçada Cível. Agravo de instrumento n.º 789.705-00/0, 1ª Câmara Cível, relator Juiz Magno Araújo, julgamento em 29.4.2003.

_____. 2º Tribunal de Alçada Cível. Agravo de instrumento n.º 863.206-00/1, 2ª Câmara Cível, relator Juiz Vianna Cotrim, julgamento em 30.8.2004.

_____. 2º Tribunal de Alçada Cível. Agravo de instrumento n.º 821.143-00/1, 11ª Câmara Cível, relator Juiz Egidio Giacoia, julgamento em 17.11.2003.