



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESPERSONALIZAÇÃO
DA PESSOA JURÍDICA E O ESTADO ATUAL DA
QUESTÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Salvador
2009



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESPERSONALIZAÇÃO
DA PESSOA JURÍDICA E O ESTADO ATUAL DA
QUESTÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Salvador
2009

AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESPERSONALIZAÇÃO
DA PESSOA JURÍDICA E O ESTADO ATUAL DA
QUESTÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção
do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Livre-Docente e Emérito
Washington Luiz da Trindade.

Salvador
2009

S192

Sampaio Neto, Agenor de Souza Santos,
Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e
o estado atual da questão no Código de defesa do consumidor /
por Agenor de Souza Santos Sampaio Neto. – 2009.
160 f.

Orientador: Professor Washington Luiz da Trindade.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2009.

1. Desconsideração da personalidade jurídica 2. Defesa do consumidor 3.
Pessoa jurídica I. Universidade Federal da Bahia

TERMO DE APROVAÇÃO

AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O ESTADO ATUAL DA QUESTÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Washington Luiz da Trindade
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Paulo César Santos Bezerra
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Jorge Aliomar Barreiros Dantas
Instituição: Universidade Estadual de Feira de Santana

Salvador, 01 de outubro de 2009

A meu Pai, João Pereira de Andrade, a quem a vida não deu oportunidade de acesso ao ensino superior, mas, não mediu esforços para assegurar uma educação de qualidade aos seus filhos, exemplo de generosidade e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

Segundo um provérbio francês “A gratidão é a memória do coração”, ainda que o texto abaixo possa parecer piegas, a pesquisa não seria possível sem o apoio das pessoas que a seguir relaciono, com a mais intensa gratidão.

Três pessoas tiveram importância destacada na consecução dessa pesquisa científica. Sem elas tenho a impressão que a maioria dessas páginas não seria digna de leitura. A primeira é Washington Luiz da Trindade, meu Orientador e Amigo, Professor Emérito e Livre-Docente da Universidade Federal da Bahia, por mostrar a necessidade de navegar por outros oceanos e sempre em águas profundas, ensinando-me que é necessário um diálogo com a Economia (Matéria prima do Direito) e outras áreas, e com autores de vulto, para além dos compêndios.

A segunda é Paulo César Santos Bezerra, não fosse os laços de afinidade da região grapiúna e da nossa Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), contribuiu de maneira significativa na visão do tema sob o enfoque hermenêutico, sempre trazendo uma questão que muitas vezes não atinei, ou um ponto de equilíbrio onde antes havia dois extremos.

A terceira é João Pereira de Andrade Filho, jovem estudioso do direito, pessoa pela qual tenha uma profunda admiração e orgulho pelos laços sanguíneos, quase sempre trazendo luz onde antes havia escuridão, além de um nato pesquisador-educador.

Essas três pessoas demonstraram profunda humildade no mar de vaidades que em alguns momentos inundam a Academia, repartindo comigo o pão da sabedoria e da bondade. A eles, os meus sinceros agradecimentos.

Aos meus Professores Mônica Neves Aguiar da Silva, Nelson Cerqueira, Rodolfo Pamplona Filho, Roxana Cardoso Borges Brasileiro, Saulo Casali Bahia, mais uma vez Paulo Bezerra e Washington Trindade, pelos constantes ensinamentos ao longo desses últimos dois anos.

Aos técnicos/administrativos do Programa: Jovino Ferreira Costa Filho, Luiza Luz de Castro, Maria Ângela Magalhães Simões, Maria Angélica Santana, Maria das Graças Sacramento, Meriam Gallo Barouh, Pedro Jorge Calmon, pelo constante apoio e disposição, amizade formada ao longo do tempo, extensivo as Estagiárias Bárbara Rocha da Conceição e Geisiane Andrade de Souza.

Aos Colegas do Mestrado, pelas discussões acadêmicas, e palavras de incentivo ao longo da jornada, em especial a Flávio Daltro e a Ana Thereza Meirelles, pelo altruísmo, extensivo a André Batista Neves e a Rafael Barretto.

A minha esposa amada, Georgia Hasselman de Abreu Sampaio, pelo diuturno apoio e compreensão, sobretudo no inverno da vida, trazendo sempre uma palavra de esperança e renovação, coisas que só o mais puro amor pode guardar explicação. A Marta Célia Fernandes Carvalho, pelos rígidos padrões de educação, e modelo de mãe. A Isabel Andrade dos Santos (Bezinha) pela acolhida como filho na mais tenra idade.

Aos meus filhos do coração, Mozart Hasselman de Abreu Leite e Débora Stephanie Souza Silva, motivo de alegria e orgulho que se renova a cada manhã.

Aos meus irmãos, Filipe e João Filho - “Amor que o tempo não destrói ou dissipa, mas que se robustece a cada instante, por isso que firme e eterno”.

Aos que já passaram desse plano material, mas, continuam vivos em meu coração: Anita Carvalho, Antonio Venâncio de Andrade, Consuelo Pereira de Andrade, Euclides Neto, Geraldo de Oliveira Souza, Maria de Fátima Sampaio, Tertulina Pereira de Andrade, com a palavra de José Américo para quem “recordar não é viver, recordar é morrer de saudades”.

Aos Amigos de ontem e hoje, pelo incentivo e amizade: Alex Venicius Campos Miranda, Celina Santos Silva, Delvair de Brito Alves, Edion Santos Silva, Elder dos Santos Verçosa, Inis Vaz Orrico Ferreira, Krístian Menezes Barberino Mendes, Leonardo Theodoro Carvalho Silva, Manoel Alves Azevedo Filho, Maria Augusta da Silva Tavares Hasselman, Maria Helena de Almeida Souza, Taurino Araújo Neto, Vanina Alves Lemos, Walterson Gomes Ramos, Yuri Ubaldino Rocha Soares, bem como aos Companheiros da Associação da Leste Brasileiro (AELB) e aos queridos irmãos da Igreja Batista Gileade, em especial ao Pr. Aurizer Braga de Sena.

Aos alunos e Professores da Universidade Estadual de Feira de Santana(UEFS), em especial a Alexandre Sales Vieira, Ana Maria Menezes, Djalma Boaventura, Jorge Aliomar Barreiros Dantas, José Lima de Menezes, Vítor Emanuel Lins de Moraes.

Aos Funcionários do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas(DCIS), pelo carinho e atenção dispensada a um jovem e “abusado” professor, extensivo a Vilânia Maria de Santana, pelo imprescindível apoio.

Ainda a Washington Trindade pela esmerada tradução de expressões latinas, e traduções de alguns textos, essenciais a pesquisa, extensivo a Adriana Marques e Ivan Martinek.

A DEUS, criador dos céus e da terra, que a tudo isso permitiu, que colocou essas pessoas para iluminar a estrada de minha vida, como que anjos de luz, e, “Porque D’ele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente” (Romanos 11:36).

“O arco dos fortes foi quebrado, e os que tropeçaram foram cingidos de força” (1Samuel 2:4)

RESUMO

A presente dissertação investiga o problema da desconsideração da personalidade jurídica. O objetivo deste trabalho consiste em tentar delinear considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual do tema a luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). Num primeiro momento, reportamo-nos a gênese da pessoa física (o Homem como medida de todas as coisas), sob o ângulo da paleontologia humana, estudando a fase da cerebralização do homem, bem como a evolução do grupo comunitário (Gemeinschaft) para o grupo societário (Gesellschaft), concluindo que a pessoa jurídica decorre de uma necessidade socialmente sentida, e como um constructo do Estado. Nessa linha, só é possível compreender a pessoa jurídica partindo dessa história geológica da vida e enquanto uma pessoa analógica. A partir daí, destacamos a natureza jurídica da desconsideração, levantando se um ato aparente, ato jurídico ou ato intelectual, filiando-nos a primeira corrente. Definimos a disregard como um ato complexo, visivelmente paralisante, emanado do Poder Judiciário, seja como faculdade do Julgador, seja como com dever de natureza de dupla hélice. Demonstramos ainda a conexão da desconsideração com a Economia, esta enquanto matéria prima do direito, contextualizando o tema na chamada “economia das fraudes inocentes”, bem como na teoria da irrealidade, como forma de desocultar o ato aparente (Dasein), sobre o qual se praticam milhares de atos jurídicos com eficácia e validade, até que a dialética da supressão da irrealidade faça transparecer a fraude. Fizemos ainda considerações sobre o CDC28, inclusive no campo hermenêutico, inclusive com o cotejo do NCC50, bem como análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da finalidade. Por fim, apresentamos nossa contribuição pessoal ao tema, para compreender juridicamente a desconsideração como uma proteção(blindagem) dado aos consumidores, acionistas, e por conseguinte ao crédito, este enquanto um capital invisível, afigurando-se ainda a fraude que leva a desconsideração como um desvio de finalidade.

Palavras-chave: despersonalização, pessoa jurídica, teoria da finalidade, código de defesa do consumidor.

ABSTRACT

The present presentation investigates the issue of disregard of legal entity. The purpose of this paper is to try to outline views on the disregard of legal entity and the current state of this issue in the light of the Code of *Defense* of the Consumer (Law 8078/90). In the first instance a reference is made to the genesis of the physical entity (the man as a measure of all things) from the perspective of human paleontology, examining the phase of the formation of humans' cerebral cortex as well as the evolution from the community (Gemeinschaft) into the civil society (Gesellschaft), concluding that the legal entity arises from a need felt by the society and as a construct of the State. Only in this line is it possible to understand the legal entity originating from the geological history of life, whilst being an analogical entity. From this point we highlight the legal nature of disregard, which emerges as an apparent act, legal act or intellectual act, leading us to the first current. We define the disregard as a complex act, visibly paralyzing, originating from the Judiciary Power, be it as a faculty of the Judge, be it as the nature's duty from the double helix. The paper also revealed the connection between the disregard and the economy, which is insofar the raw material of the law, contextualizing the theme in the so-called "economy of innocent fraud," as well as in the theory of unreality, as a form of uncovering the apparent act (dasein), about which thousands of legal acts are practiced with efficiency and validity, until the dialectic of the suppression of unreality makes it possible to reveal a fraud. We also made some considerations about the Code of Defense of the Consumer 28, even in the hermeneutic field, and also in the comparison with the Code of Defense of the Consumer 50, as well as a critical analysis of the jurisprudence of the Superior Court of Justice about the issue, and the jurisprudence of the Federal Superior Court about the theory of finality. Finally, a personal contribution to the issue is presented in order to judicially understand the disregard as a protection (shield) given to the consumers, shareholders, and therefore to the credit, whilst being an invisible capital, considering the disregard as a deviation from the finality.

Key words: disregard, legal entity, theory of finality, Code of Defense of the Consumer.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA: UMA NECESSIDADE SOCIALMENTE SENTIDA	14
2.1.Pessoa Jurídica: Noções gerais	16
3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	21
3.1.O pressuposto da licitude	24
3.2.A teoria objetiva da desconsideração	25
3.3.A desconsideração inversa	26
3.4.A teoria menor da desconsideração	36
3.5. A desconsideração no direito positivo	36
3.6.Teoria Geral da Pessoa Jurídica	38
3.7. O surgimento da teoria da desconsideração	46
3.7.1. A teoria de Piero Verrucolli	49

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO	53
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	53
4.1. Noções gerais	
	56
4.2. DIFERENÇAS ENTRE DESPERSONALIZAÇÃO E	
DESCONSIDERAÇÃO	58
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	61
ANEXOS	
1 INTRODUÇÃO	

O direito só convém ao conjunto homínico, podendo inclusive transpor a noção de coletividade, ele subsiste independente do conjunto, e apesar do homem só ter faculdades (possibilidades), surge uma pergunta inevitável – como preservá-las?

Recorrendo a uma metáfora, é possível dizer que o direito é uma “caixa de pandora” aberta para guardar essas faculdades, sendo verdadeira técnica de acomodação social. Por força da atração do grupo, do conjunto dessas faculdades decorre a personalidade, onde estão compreendidos os direitos essenciais à natureza humana, cujo escopo é resguardar a dignidade.

Todavia, diante da inadequação (lacuna) da pessoa física, para atender a uma determinada necessidade socialmente sentida, temos o advento da pessoa jurídica, que é um constructo do Estado. A pessoa jurídica é, portanto, uma realidade análoga à pessoa humana, não na plenitude da palavra, mas, de forma analógica, o que está ao lado do lógico. Não é possível imaginar que um homem ou um grupo de homens substitua uma corporation, o que evidencia que o indivíduo enquanto indivíduo não pode realizar uma série de atividades de ordem técnica, científica, intelectual, etc

Assim, usando técnicas como o associativismo, construção técnica, deparamo-nos com a pessoa jurídica, estamos diante agora da personalização do grupo (ficção legal), sendo a esta atribuída capacidade jurídica, a exemplo das pessoas naturais, com a permissão do direito (Estado) para atuar em nome próprio.

Não se pode perder de vista, que a par da existência autônoma da pessoa jurídica, o seu aparecimento foi um constructo do Estado a partir de uma determinada necessidade socialmente sentida do indivíduo humano, de modo que é preciso ter cuidado com o discurso ideológico da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos seus integrantes, de idêntico modo, a armadilha da despersonalização pela despersonalização sem qualquer ponderação de valores e interesses, sendo necessário nessa dialética um ponto de equilíbrio entre os dois extremos, de modo a evitar a chamada osteoporose das ideologias

A empresa é o fenômeno mais importante do breve século XX, a era das (in)certezas e do extremo, um tema que apesar de muito visitado, ainda merece algumas incursões – uma roupagem nova em um velho artista, de modo que ainda é possível construir um novo figurino, afinal o direito se cria e se regenera, não é dádiva natural. Esse é um dos propósitos da pesquisas ao fazer considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão no Código de Defesa do Consumidor.

Em face da relevância do tema, pretende-se uma tentativa de solução para o problema central da pesquisa, a saber: quais os limites e possibilidades da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor?

O trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro tem como destinação a gênese da pessoa física, a personalidade e a pessoa jurídica. Nesse diapasão, esposamos entendimento que só é possível compreender a pessoa jurídica tendo como premissa o indivíduo humano (pessoa física), sendo aquela um constructo do Estado. Apresenta-se ainda um estudo crítico das teorias da pessoa jurídica, firmando posicionamento na teoria do ficcionismo, sem descuidar da crise (dupla) da pessoa jurídica, apresentando ao final do capítulo a teoria da desconsideração.

No segundo adentra-se propriamente no mundo da desconsideração da personalidade jurídica, momento em que ocorrerá o enfrentamento da questão da natureza jurídica do instituto, ou seja, se um ato aparente, ato jurídico ou ato intelectual, firmando posicionamento pela primeira corrente.

Ainda nesse capítulo, investiga-se os fundamentos teóricos da desconsideração, a imprescindível abordagem constitucional do tema, e a questão da desconsideração inversa. Faz-se ainda um esforço dogmático para demonstrar que a desconsideração entre nós ingressou na Ordem Jurídica com a natureza dúplice, isto é, surge no chamado Código de Defesa do Consumidor, mas, já estava por analogia e por aplicação de Direito comparado, por influência do sistema common law, vigendo na jurisprudência.

Por derradeiro, no último capítulo, analisa-se a desconsideração no âmbito do Código Consumerista. Define-se a extraordinária figura do Consumidor e sua importância no sistema capitalista, fazendo conexões com a chamada economia das fraudes inocentes. Adentra-se ainda no necessário debate hermenêutico que decorre da confusão legislativa entre o caput do CDC28 e o seu §5º, adotando o caput primeiro a chamada teoria maior, e o parágrafo a teoria menor, tema que não encontra sequer uma convergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Corte infraconstitucional responsável pela interpretação da lei federal, conforme ficará evidenciado na análise de um importante julgado daquela Corte.

Não é (nunca foi) pretensão do missivista esgotar o tema, ou falar sobre o que já tem se falado por via transversa, afinal não há nada de novo debaixo do sol, mas, tão somente, colocar novas luzes em um tema já há muito visitado. Nesse ponto, a importância da pesquisa, que impulsionado pelo turbilhão de idéias do orientador, sempre

rejuvenecido e oxigenado, orienta para alguns pontos não atentados, ou, interpretados de forma equivocada pela doutrina e pelos tribunais pátrios. O tema é, portanto, viável e atual, merecendo ser (re)visitado.

No plano metodológico foi observado inicialmente o entendimento do orientador sobre os requisitos para a escrita formal e material de uma dissertação, mais tarde corroborado pelo segundo examinador, a exemplo do português acadêmico e esmerado, mas, sem preciosismos. A necessidade do orientando expor idéias próprias, devendo reportar as citações de fontes primárias e secundárias em nota de rodapé, de modo que o texto não seja um eloqüente vazio, permeado de transcrições, perdendo a identidade própria. Levou-se em conta a necessidade da chamada contribuição acadêmica, momento em que o Mestrando deve apresentar uma contribuição pessoal ao tema, o que veio a ocorrer na pesquisa, conforme ficará evidenciado na conclusão.

No âmbito do Direito há predominância de dois tipos de pesquisa: análise documental e pesquisa bibliográfica. Destarte, para aproximação do objeto sob estudo utilizou-se, de forma complementar, estes dois tipos de pesquisa.

A Análise Documental busca identificar informações factuais em documentos a partir de questões de interesse, visa, também, representar, de outra forma, o conteúdo de um documento, ao permitir passar de um documento primário (bruto), para um documento secundário (representação do primeiro). Quanto à pesquisa bibliográfica, ela procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas. Pode ser realizada independentemente ou como parte de pesquisa descritiva ou experimental. Em ambos os casos, busca conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existente sobre em determinado assunto, tema ou problema.

Nesse diapasão, seja pela análise documental, seja pela pesquisa bibliográfica, os metodólogos defendem que, como trabalho científico original, este tipo de pesquisa constitui a pesquisa propriamente dita na área das ciências sociais aplicadas.

Já foi dito antes pelo orientador desta dissertação que a própria vida em sociedade supõe, por si mesma, uma limitação à liberdade individual de sorte que a plena satisfação individual consiste, axiologicamente, no respeito às liberdades alheias, em tudo, semelhantes às de cada um dos membros do grupo humano. Nesse sentido, o Direito representa um limite negativo das liberdades individuais, idealmente visto, ou uma técnica de acomodação coletiva, catalizador de uma certa ordem social, objetivamente

considerado, para que, em qualquer dos ângulos, o homem, enquanto indivíduo, na sua exemplar singularidade, encontre, por si mesmo, a própria realização.

2 Da pessoa física a pessoa jurídica – Uma necessidade socialmente sentida

A pessoa jurídica só pode ser compreendida na multiplicidade dos seus aspectos, após um estudo da pessoa física (aqui enquanto indivíduo humano), vale dizer, o Homem como medida de todas as coisas (Protágoras).

O Professor Honorário do Museu de História Natural de Paris Camille Arambourg em precioso estudo intitulado os dados da Paleontologia Humana¹ retrata que os mais antigos restos do hominídeo fósseis só aparecem com o grupo dos chamados *Australopithecus africanus*², nos começos do Pleistoceno, isso há cerca de 600(seiscentos) a 700.000(setecentos mil) anos, marcando a descoberta desse hominídeo a etapa mais importante da Paleontologia humana.

No período citado, o hominídeo estava reunido em Horda, uma coletividade sem comando (hominis horda), conforme expressão de Durkeim³, nesse período da “histórica geológica da vida”, conforme destaca Washington Trindade⁴ ocorre a cerebralização⁵ ou hominização, o que Overhage e Rahner⁶ chamou de *rubicon*

¹ ARAMBOURG, Camille. Os dados da Paleontologia Humana. In: VARAGNAC, André. *O homem antes da escrita*. Tradução de Ernesto Veiga de Oliveira. Lisboa-Rio de Janeiro: Edições Cosmos, 1963, p. 23.

² Anota o Professor Arambourg que “em 1925, Dart anunciava a descoberta, nas brechas da gruta de Taungs, no Transvaal, de um molde endocriano natural com uma parte da face de um Antropomorfo infantil, notável por certos traços humanos bem caracterizados. Deu-lhe o nome de *Australopithecus africanus*. Mas, nessa época o interesse desta descoberta escapou à maioria dos Paleontólogos, que, na fé de certos augures, consideraram esse fóssil como sendo um crânio de jovem chimpanzé. Essa opinião foi contudo combatida por alguns autores: Gregory nos Estados Unidos, Broom na África austral, e Bennejeant em França. Mas foi só a partir de 1936, em seguida a uma série de descobertas devidas à iniciativa do paleontólogo Broom, que a importância da descoberta de Dart enfim apareceu, e que o interesse das pesquisas de Paleontologia humana, até então orientadas para a Ásia por motivo das descobertas do Pitecantropo e do Sinantropo – se voltou para a África” (ARAMBOURG, op. cit., p.23).

³ Segundo o Professor Washington Trindade em pleno Séc. XXI, temos exemplo da reedição de sociedade anômica, é o caso da Somália, país localizado na Costa Leste da África, onde constantemente “piratas”, tem atacado navios e seqüestrado os comandantes, sem o Estado esboçar qualquer reação, uma verdadeira sociedade sem comando.

⁴ TRINDADE, Washington Luiz da. *3 Estudos. Os mestres que não conheci*. Salvador, 1980, p. 6.

⁵ Ainda o Professor Arambourg (op. cit., p. 51-52), pontua que os nossos “primeiros representantes já se manifestava o início da especialização que, ao mesmo tempo que se afirmava, devia acarretar a diferenciação progressiva de todo o grupo. Esta especialização, que distingue os Primatas de todos os outros Mamíferos, é a do desenvolvimento progressivo do aparelho cerebral(...)”.

⁶ OVERHAGE, Paul e RAHNER, Karl. *Das problem Der Hominisation, uber den biologischen ursprung des menschen*. Herder, Freiburg, Basel, Wien, 1961, p.249.

cerebral, a emergência do homem. A partir desse período o hominídeo passa a ter comando, a passagem do homo faber ao homo sapiens⁷, vindo a culminar com a escrita, por volta de 40.000 (quarenta mil) anos atrás, inicialmente com o alfabeto sumeriano, assírio, hieroglifo, e o fenício, origem mais remota do nosso alfabeto.

A partir desse grupo comunitário (*gemmeischaft*), onde “tudo era de todos”, a exemplo do que expressa o Ato dos Apóstolos, temos a passagem para o grupo societário (*gellschaft*), que pode ser representado pelo Estado, ou em alguns casos, até o chefe tribal⁸ encarnando essa figura, como um pródomo do Estado.

Ocorre, que os homens por si só em vida comunitária (agrupamento) não se bastam⁹, e de forma atrativa, enquanto uma necessidade socialmente sentida, ocorre a personalização de certos grupos sociais, o que Orlando Gomes nomina como uma contingência inevitável¹⁰ do fato associativo. Anota o citado doutrinador¹¹ que a personalização desses grupos representa uma construção técnica destinada a possibilitar e favorecer-lhes a atividade.

⁷ Sobre o tema, a anotação do Professor Arambourg no sentido que “(...)desde o seu aparecimento, o *Homo sapiens* deve ter sido provido de suas características psíquicas essenciais que em nada diferiam qualitativamente dos Homens actuais: é pelo menos o que tudo o que nós conhecemos de etnografia e da arte primitiva parece indicar. Aliás, as mais antigas civilizações, cujos alvares confinam com as épocas neolíticas, deixaram vestígios que demonstram cada vez mais, à medida que progredem os nossos conhecimentos arqueológicos, que nada autoriza a separar intelectual e psicologicamente essas populações daquelas que vivem nos nossos dias; e tudo que sabemos das filosofias mais antigas nos revela que nenhum dos grandes problemas fundamentais havia escapado à sagacidade dos seus autores. Embora, portanto, o progresso técnico tenha seguido uma aceleração sempre crescente, nada indica que ele corresponda a um melhoramento qualitativo do cérebro humano. Pelo contrário, certos acontecimentos da história contemporânea demonstraram-nos suficientemente mesmo a fragilidade da nossa civilização material que dissimula mal os instintos primitivos profundos duma humanidade que não evoluiu fisicamente – no que respeita às suas características essenciais – nem moralmente” (op. cit., p.53-54).

⁸ Bernardo Romero escreveu a Obra “A origem da imoralidade no Brasil”, onde apresentada a tribo como um pródomo do Estado.

⁹ Nesse sentido a lição de Orlando Gomes que “a realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta se permitisse pela soma, constante e iterativa, de ações individuais. Surge, assim, a necessidade de personalizar o grupo, para que possa proceder como uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade, tanto mais necessária quanto a associação, via de regra, exige a formação de patrimônio comum constituído pela afetação dos bens particulares de seus componentes. In *Introdução ao direito civil*. 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.191-192.

¹⁰

¹¹ Destaca que o “Direito toma-os da sociedade, onde se forma, e os disciplina à imagem e semelhança das pessoas naturais, reconhecendo-os como pessoas, cuja existência autônoma submete a requisitos necessários a que possam exercer direitos, dando-lhe regime compatível com a sua natureza”. (ob.cit., p.191)

Por analogia, podemos citar a passagem da Igreja Católica da pessoa mística para a pessoa moral e desta para a pessoa jurídica, através da primazia dinâmica dos chamados “papas juristas¹²”, expressão cunhada por Paul Johnson, para quem esses papas (Honório III, Gregório IX, Inocêncio IV), levou a Igreja a parecer-se cada vez mais com o Estado.

Em apertada síntese, a pessoa jurídica, pode ser entendida inicialmente a partir da evolução do homem (cerebralização-hominização) quando atravessa o rubicão cerebral, mas, é também um constructo do Estado, momento em que o Direito se cria e se regenera (autopoiese).

2.1. Pessoa Jurídica: noções gerais

Após as considerações anteriores, onde ficou evidenciado que não se pode falar da pessoa jurídica sem antes abordar conceitos e noções acerca da pessoa natural (aqui entendida enquanto indivíduo humano), “o homem como medida de todas as coisas” (Protágoras), somente agora, como que em um corolário ou encadeamento lógico da idéia dantes desenvolvida, é possível abordar os conceitos e temas especificamente relacionados à Pessoa Jurídica.

A Pessoa Jurídica, à qual o ordenamento jurídico confere personalidade própria, pode ser compreendida como a entidade capaz de ser sujeito de direitos e obrigações na órbita social, com atuação na esfera jurídica independentemente dos membros que a compõem¹³. ou grupos humanos dotados de personalidade, para a realização de fim comum.¹⁴ Aliás, é possível até mesmo pessoas, seja física ou jurídica, associarem-se sem qualquer afinidade com vistas a um objetivo comum, vide as Corporas do Direito Romano, a exemplo das corporas de mineração, onde grupos em qualquer afinidade, uniam-se para explorar sal, prata, ouro, dividindo as despesas e rateando os lucros, o que hodiernamente temos como joint venture.

¹² JOHNSON, Paul. *O livro de ouro dos papas. A vida e a obra dos principais líderes da Igreja*.

Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 134

¹³ SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 39.

¹⁴ Orlando Gomes, ob. cit., p. 192.

Do conceito acima exposto pode se extrair o traço fundamental que distingue, particulariza, a pessoa jurídica em relação à pessoa natural: a autonomia de sua personalidade em relação aos sujeitos físicos que se unem para compor o ente coletivo. O ordenamento concebe, então, a pessoa jurídica como ente distinto, juridicamente apartado daquelas pessoas que se reúnem para constituí-la – em caso das *universitas personarum* – ou mesmo daquela pessoa natural (instituidor) que afeta um acervo de bens a que se confere personalidade jurídica (*universitas bonorum*).

Ainda nessa linha de autonomia da pessoa jurídica com relação aos seus membros, Francesco Galgano¹⁵ advoga que ela se constitui num centro autônomo de imputação de relações jurídicas, estabelecendo-se, ao lado da pessoa natural,¹⁶ como outra espécie do gênero pessoa (mais à frente, será ressaltado uma outra assertiva tradicionalmente acatada pelos lidadores do tema, segundo a qual pessoa natural e a jurídica são espécies de um gênero mais amplo a que se convencionou chamar de *sujeitos de direito*). Aqui, é preciso ressaltar que ao dizer que a pessoa jurídica tem sede ao lado e independentemente da pessoa natural, pode parecer que esta última não influenciou o regime jurídico aplicável àquela, conforme já destacado.

É preciso ter presente, porém, que toda e qualquer noção em derredor do estudo da pessoa jurídica deve iniciar-se a partir de reflexões expendidas por ocasião do prévio estudo da pessoa natural (indivíduo humano). Não se há de negar a forte imbricação existente entre a pessoa jurídica, um constructo do Estado – aliás, o próprio Estado é considerado por sua ordenação de Direito Positivo como uma pessoa jurídica -, e a pessoa humana, sendo, pois, ao nosso sentir, relativa essa propalada autonomia.

Os reflexos dessa relatividade da autonomia de personalidades e da independência entre as pessoas naturais e o ente coletivo serão levados em conta quando do estudo aprofundado da teoria geral da (des)personalização da pessoa jurídica.

¹⁵ GALGANO, Francesco. Libro Primo – Delle Persone e della famiglia – Delle Persone Giuridiche – Art. 11 a 35. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli, p. 3. In: SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 39.

¹⁶ Idem ibidem, p. 4. “Di questo genere la persona fisica è solo una especie, distinta dall’atra – la persona giuridica – per il solo fato d’avere, quale substrato naturale, l’uomo. No mesmo sentido, em sede da Legislação pátria, o Livro I, Das Pessoas, da Parte Geral do Código Civil de 2002, vide o Título I, Das Pessoas Naturais, e, Título II, Das Pessoas Jurídicas.

Ainda sobre o dogma da “autonomia” da pessoa jurídica com relação aos seus membros, não custa lembrar o pensamento de Alexandre Alberto Teodoro da Silva¹⁷, no sentido que a identidade da pessoa jurídica enquanto sujeito de direito apenas surgiu quando da necessidade do Direito em explicar e conferir validade às entidades coletivas que floresciam no seio da Sociedade, sobretudo em razão da multiplicação de tais entes no mundo dos fatos, ou seja, o associativismo de indivíduos em torno de um objetivo comum através da união de esforços para constituir uma outra entidade: a pessoa jurídica.

Foi na Idade Média que a necessidade de reconhecer a existência e validade a estas pessoas coletivas se mostrou de forma mais acentuada. Isto por conta da necessidade de se conferir maiores garantias (segurança jurídica) ao câmbio das relações travadas pelas corporações de ofício, que então se faziam presentes no comércio entre os indivíduos – estes já considerados como *pessoas* para o Direito. Aliada a esta necessidade, surgiram posteriormente outras: primeiramente, a necessidade referente ao surgimento do próprio conceito de Estado como entidade burocrática, responsável em governar a vida política, econômica e jurídica da Sociedade; ao depois, veio à tona a necessidade de imprimir contornos mais bem definidos de responsabilidade àquelas entidades privadas em expansão.¹⁸

Vê-se, pois, que o desenvolvimento e a institucionalização do conceito de pessoa jurídica se deram em razão da necessidade de superar problemas de responsabilidade a que a pessoa natural (singularmente existente) já não era capaz de suportar.¹⁹

Paradoxalmente, o surgimento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica justificou-se em razão de problemas também atinentes à responsabilidade, só que decorrente de mau uso ou da utilização abusiva do instituto da pessoa jurídica. Se em seu nascedouro o conceito de Pessoa Jurídica ganhou força e institucionalizou-se permanentemente para a própria Dogmática Jurídica por conta da necessidade de se superar deficiências no campo da responsabilidade das pessoas físicas, atualmente, são esses mesmos problemas relativos à responsabilidade que justificam a reformatação do

¹⁷ SILVA, op. cit., p. 41.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54-155.

¹⁹ FERRAZ JR, op. Cit, p. 155.

conceito de Pessoa Jurídica, a fim de que se possa apanhar a pessoa natural que age sob o manto protetor da personalidade do ente societário, responsabilizando-a perante os sujeitos que entabulam relações com a entidade coletiva.

Como ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, opera-se um verdadeiro fenômeno inverso, “posto que, atrás do biombo da pessoa jurídica, a pessoa física muitas vezes se esconde para furtar-se à responsabilidade”.

Neste contexto, inegável a função social das pessoas jurídicas, o papel que desenvolvem na economia (enquanto matéria prima do direito) e nos mercados; todavia, não obstante a sua imprescindibilidade, não se pode outorgar ao dogma da autonomia patrimonial e de personalidade que caracterizam a pessoa jurídica uma carta de isenção para o cometimento de atos abusivos, de irresponsabilidade nos seus negócios, de modo a causar prejuízo aos diversos sujeitos de direito que se dispõem a travar diuturnamente relações jurídicas com os sujeitos coletivos, afinal o direito só existe para e em função do homem (pessoa humana).

Nesta linha de intelecção, Thereza Christina Nahas²⁰ destaca que o Estado deve garantir a higidez dos negócios jurídicos, realizados de acordo com a função social e com o princípio da boa-fé, daí porque se falar, hoje em dia, em *funcionalização dos institutos jurídicos*. A aplicação da técnica da *disregard* através do Estado-Juiz é uma dessas possibilidades, muito mais levando em consideração a funcionalidade e preservação da empresa (atividade) e do sujeito (pessoa jurídica) do que o seu desprezo ou superação.

²⁰ NAHAS, Thereza Cristina. *Desconsideração da Pessoa Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18.

3 A Desconsideração da personalidade jurídica

No Brasil, as primeiras reflexões em derredor deste tema devem-se ao estudo do professor Rubens Requião, que apresentou a teoria da desconsideração como uma mecanismo/medida conciliatória dos conflitos entre as soluções éticas, que pugnavam pela possibilidade de invasão do patrimônio dos sócios para saldar dívidas da sociedade, e as soluções eminentemente técnicas, que sequer cogitavam em afastar a valia absoluta do princípio da separação patrimonial entre sócio e sociedade (considerado como dogma quase absoluto).

Em seu estudo, o autor já defendia a possibilidade de aplicação da disregard mesmo à míngua de previsão legal.²¹ A teoria da desconsideração seria, então, uma medida de justiça que, ao afastar temporariamente a eficácia de uma regra que foi criada em benefício da coletividade, estaria buscando preservar a finalidade pela qual foi concebida a autonomia de personalidade (e patrimonial) dos entes coletivos. Com isso, restariam obstadas práticas de fraude e abuso de direito em desfavor de credores da

²¹ Aliás, a própria jurisprudência já acatava o cerne desta idéia, conforme se extrai do acórdão publicado na RT 238/393 (citado por RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Parte Geral. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva: 2003, nota de rodapé 104 p. 57) “*Como ficção útil da lei a personalidade coletiva não pode isolar-se da personalidade dos que a compõem, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época em que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual*”

pessoa jurídica, evitando que condutas abusivas fossem acobertadas pelo manto protetor das regras de direito indevidamente manejadas.

Ponto fulcral para o bom entendimento da evolução doutrinária do tema é a compreensão da distinção entre o seu desenvolvimento nos sistemas filiados ao *case Law (common Law)* e ao *civil law*.

Em sua gênese, a desconsideração foi idealizada como mecanismo para coibir fraudes na análise dos casos concretos, evitando-se a adoção de decisões judiciais iníquas, que tutelassem condutas fraudulentas. Com efeito, a Jurisprudência ocupou-se de identificar, casuisticamente (a partir de uma análise detida das circunstâncias peculiares a cada caso), as situações de fraude que imporiam a aplicação da *disregard*.

De outro vértice, nos sistemas filiados à família romano-germânica, há, como se sabe, manifesta predileção pela formulação de regras jurídicas dotadas de abstração hábil a abarcar um maior número de situações possíveis. Disto resulta uma menor preocupação em analisar as particularidades apresentadas em cada caso concreto. É forçoso reconhecer, então, que há uma certa dificuldade em transpor as conclusões hauridas a partir da “problematização” dos casos concretos para preceitos normativos impessoais e abstratos. Sistematizar a teoria da desconsideração, como também positivar regras abstratas que autorizem a aplicação da *disregard*, é tarefa que demanda a correta identificação dos pontos de confluência entre os sistemas anglo-saxão e o romano-germânico.

Dada a complexidade das relações jurídicas emergentes no atual cenário de evolução da sociedade (massificação das relações de consumo, automatização cada vez mais acentuada do processo de produção, etc.²²), tem-se como possível imaginar diversas situações em que a teoria da desconsideração poderá ser aplicada. Vejamos:

- a) No seio das relações trabalhistas, onde muitas vezes são utilizados estratagemas fraudulentos, embora amparados nas regras postas na legislação vigente, com a finalidade de fraudar direitos reconhecidos aos trabalhadores;

²² Conforme recente articulado do Professor Washington Trindade sobre a circulação de riqueza e o consumidor.

- b) No direito empresarial, máxime quando se ingressa no estudo da teoria das sociedades, são incontáveis as situações nas quais é possível cogitar a aplicação da teoria da desconsideração²³;
- c) As relações travadas no denominado direito concorrencial mostram-se campo fértil para aplicação da teoria da desconsideração, a fim de evitar, por exemplo, as práticas de cartéis (tabelamento ilícito de preços), a dominação de mercado e outras práticas que colidem com os comandos constitucionais que presidem a chamada Ordem Econômica, notadamente a livre iniciativa e livre concorrência. Importa notar, ainda, que é neste campo que a desconsideração será utilizada em situações nas quais estarão envolvidas mais de uma sociedade (pessoa jurídica).

A desconsideração exsurge como técnica necessária para coibir fraudes perpetradas pela manipulação do regramento legal das pessoas jurídicas. Deste modo, o juiz, ao apreciar a situação concreta que lhe é apresentada, poderá (ou deverá?)²⁴ abstrair a existência legal da pessoa jurídica apenas neste específico caso, suspendendo temporariamente a eficácia de seu ato constitutivo, a fim de coibir a fraude ou o abuso de direito decorrente da observância formal da regra de separação patrimonial entre a sociedade e seus sócios, ou entre duas ou mais sociedades.

É sobretudo importante pontuar que a desconsideração atua no plano fenomenológico da eficácia. Ao desconsiderar a pessoa jurídica, o juiz não a considera/declara inexistente, apenas suspende episodicamente a eficácia de seu ato constitutivo²⁵. A regra da separação patrimonial e a própria noção (ficção) de personalização dos entes coletivos não surtirão efeitos tão somente no episódio em que se colima evitar a fraude ou a conduta abusiva.

Tal advertência é relevante por duas razões:

a) primeiramente, para efeitos de distinção da desconsideração com outros fenômenos passíveis de ocorrência no universo de relações das pessoas coletivas, a

²³ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.40.

²⁴ Não se pode deixar de enfrentar este importante questionamento: as regras que prevêm a desconsideração apresentam-se como preceptivos mandamentais, instituindo verdadeiras normas cogentes (de observação obrigatória)? Tais regras instituem uma faculdade ou um poder-dever ao magistrado? E mais: buscam tutelar primacialmente interesses privados (como os direitos de crédito exercitáveis contra a pessoa jurídica) ou interesses públicos (como a funcionalidade de um instituto fundamental para a dogmática, que é pessoa jurídica)?

²⁵ COELHO, Fábio ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.40.

exemplo da despersonalização, fraude contra credores, a invalidação do ato constitutivo, a própria dissolução da sociedade, “as figuras sem rosto” (“sociedades de papelão”, conforme Marçal Justen Filho) e as várias situações envolvendo as sociedades de fato;

b) e, em segundo lugar, para assentar a validade e eficácia do princípio da separação patrimonial em todas as demais relações jurídicas entabuladas pela pessoa jurídica.

Por outro lado, a perfeita compreensão desta idéia (*desconsideração atuando no plano da eficácia*) denota a sofisticação imanente à teoria, pois, conforme anota Ulhôa (p.42), antes da sistematização e difusão da teoria da desconsideração, os casos de fraude envolvendo as pessoas jurídicas eram debelados com a dissolução desta, em manifesto prejuízo à função social da empresa, enquanto fonte produtora de riqueza, de empregos e de contribuições a serem vertidas ao erário.

Com a formulação teórica da desconsideração, tornou-se possível reprimir condutas fraudulentas, sem que com isso fossem sacrificados interesses de consumidores, trabalhadores e da Fazenda Pública que, direta ou indiretamente, “*gravitem em torno da pessoa jurídica*”.²⁶

Daí porque dizer-se que a teoria encontra fundamento no princípio constitucional da função social da propriedade, na medida em que busca preservar a funcionalidade social da empresa e de seu patrimônio em suas múltiplas facetas, seja ao preservar postos de trabalho, seja a garantir a prestação de bens e serviços ao consumidor.

3.1. O pressuposto da licitude

Conforme já se pontuou acima, a desconsideração visa, fundamentalmente, debelar situações de fraude ou abuso de direito em que a *consideração* da pessoa jurídica (de autonomia de sua personalidade e de seu patrimônio) represente um obstáculo ao

²⁶ COELHO, Fábio ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.42.

exercício de direitos ou pretensões contra pessoa coletiva. Diz-se, portanto, que a personalidade funciona com um anteparo para o cometimento de atos aparentemente lícitos, mas que, se investigados no cerne de sua finalidade e se levantado o véu corporativo do ente coletivo, revelar-se-ão ferrados pelo signo da ilicitude.

O pressuposto da licitude pretende exatamente auxiliar o aplicador do direito na tarefa de identificar quais as situações que ensejarão a aplicação da desconsideração. Em sendo considerada a personalidade autônoma da pessoa coletiva e, em decorrência, respeitada a regra da separação, o ato questionado apresentar-se-á em conformidade com o direito. Por outro viés, se a personalidade for desconsiderada, e o ato for imputado diretamente a seu sócio – ou eventualmente a outra sociedade – restará configurada uma situação antijurídica, a denotar o manejo indevido da regra da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

3.2. A teoria objetiva da desconsideração

A desconsideração da pessoa jurídica assenta-se em um pressuposto fundamental: a necessidade de constatação de fraude ou de abuso de direito da ficção legal que consiste a pessoa jurídica²⁷. Em decorrência desta assertiva, torna-se imprescindível a demonstração do *animus* dos sócios ou agentes controladores da pessoa jurídica, de modo a certificar-se da intenção fraudulenta. É a chamada vertente subjetiva da teoria.

Embora se trate de um consectário natural da formulação da teoria, o intuito fraudatório (*consilium fraudis*) causa sérios inconvenientes no campo do direito probatório, haja vista as dificuldades inerentes à produção de provas acerca dos elementos anímicos (subjetivos) dos agentes que atuam em nome da pessoa jurídica, *presentando-a* em suas relações jurídicas.

Sem a consciência dessas dificuldades, a teoria da desconsideração correria o risco de cair no vazio, posto que a impossibilidade de se produzir provas sobre intenções

²⁷ COELHO, Fábio ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43.

fraudatórias ou abusivas causaria, inexoravelmente, o perecimento dos direitos de credores ou titulares de pretensões contra a pessoa jurídica²⁸.

Foi a partir desta constatação que se formulou outra vertente da teoria, a chamada formulação objetiva, da lavra do Professor Fábio Konder Comparato.

O principal intento desta subdivisão da teoria foi contornar os inconvenientes oriundos das dificuldades de se provar a fraude e o abuso de direito. Esta vertente teórica baseia-se em um dado fundamental: o pressuposto de confusão patrimonial entre os sócios e a Sociedade, a demonstrar a inobservância da regra da separação patrimonial.

Não se pode negar o avanço proporcionado por este constructo teórico, contudo, é necessário anotar que os casos em que se constate a confusão patrimonial não encerram as hipóteses em que se poderá lançar mão da *disregard*. Continuam válidas as demais situações em que seja possível aferir a fraude ou abusividade, dado que nem todas as situações de fraudes se resumem hipótese de confusão patrimonial.

A confusão patrimonial constitui apenas um dado contextual que visa facilitar a produção da prova àquele que alega uma situação de mau uso (*uso desviante*) do princípio da separação patrimonial.

O NCC parece ter se inclinado por esta formulação da teoria, satisfazendo-se com a simples confusão para que se autorize a desconsideração.

3.3. A desconsideração inversa

²⁸Esta observação denota, uma vez mais, a amplitude do tema, que deve ser tratado de forma global, contextualizada com outros temas indissociáveis ao estudo da teoria geral da pessoa jurídica (questionamentos em torno do início da personalidade e das teorias sobre a natureza jurídica, por exemplo), bem ainda com temas pertencentes a outros ramos dogmáticos, como o direito processual civil. Conforme se demonstrará em momento próprio, a desconsideração, sobre demandar uma releitura da teoria da pessoa jurídica, espalha sua influência em outras searas do Direito Civil. O direito de família é uma dessas matérias que sofre vários influxos da *disregard*, principalmente no que concerne a possíveis fraudes em detrimento da sociedade conjugal formada por sócios da empresa.

A pessoa jurídica, valendo-se da personalidade própria que o Direito lhe defere e da autonomia patrimonial daí decorrente, pode, em algumas situações, ser manipulada fraudulentamente como instrumento para lesar credores seus. Nestas situações, a autonomia patrimonial é utilizada como uma sobrecapa, capaz de velar uma conduta contrária ao direito.

Para obstar o cometimento destas fraudes, permite-se, preenchidos certos requisitos, desconsiderar temporariamente a autonomia patrimonial, através da suspensão temporária da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, para invadir o patrimônio de seus sócios, imputando-lhes as obrigações contraídas pela sociedade.

A prática demonstrou, entretanto, a possibilidade de ocorrência de fenômeno inverso, pelo qual a desconsideração ensejará a responsabilização da pessoa jurídica por obrigação do sócio. É o caso de desconsideração inversa²⁹.

Esta modalidade de desconsideração dá-se em sentido invertido: parte-se do sócio, desconsidera-se a sociedade, para então ser alcançado o patrimônio desta.

Tem importante aplicação no campo do direito de família, para evitar fraudes na partilha de bens comuns do casal quando da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável³⁰. Evita-se, com a adoção da desconsideração inversa, o desvio fraudulento de bens pelo cônjuge para sociedade por ele controlada.

A identificação do fenômeno da desconsideração invertida entremostra, em reforço ao já afirmado, a importância de abordar o tema de modo contextual, sem descurar da influência que o assunto exerce em variados ramos do direito positivo.

É possível também ocorrer situações onde ao invés da execução recair na pessoa física, esta recai em sentido inverso, vale dizer, na pessoa jurídica, para a satisfação de dívidas pessoais do sócio, que de modo ardid, através da sociedade, vai por exemplo aos poucos

²⁹ COELHO, Fábio ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43.

É interessante notar que no anteprojeto do Código Civil chegou a constar redação que acolhia explicitamente a desconsideração inversa. O dispositivo, tal como redigido, sofreu acerbas críticas de Lamartine Corrêa, que o considerava insatisfatório, porquanto abordava o tema sob uma ótica equivocada, como mecanismo de tutela por débitos particulares de sócios que transferem, maliciosamente, bens à Sociedade, conforme GRINOVER, Ada Pelegrini *et alii*. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto., p.244.

³⁰ COELHO, Fábio ulhôa. Curso de direito comercial. V.II. São Paulo: Saraiva, 2003, p.45

transferindo os ganhos pessoais para a pessoa jurídica, para mais na frente, no Divórcio diminuir “artificialmente” a meação da esposa ou vice-versa, ou também nos casos de obrigação alimentar.

Conforme foi ressaltado no início deste trabalho, a teoria da desconsideração foi engendrada para superar-se uma disfunção, um mau uso, do instituto da Pessoa Jurídica. Foi visto, igualmente, que a consolidação e institucionalização da pessoa jurídica como categoria jurídica foi fenômeno que ganhou corpo na Idade Média e consolidou-se na Idade Moderna, em face da urgente necessidade de conferir maior segurança no trânsito das relações jurídicas travadas pelas corporações então emergentes, mormente no que toca ao campo da responsabilidade.

No correr dos tempos, o uso abusivo da pessoa jurídica acabou por acarretar uma insegurança no comércio das relações jurídicas. A institucionalização da pessoa coletiva enquanto instituto jurídico assentou-se em uma premissa básica e inafastável: a autonomia da personalidade.

Essa característica, conforme se ressaltou alhures, tem um condão de conceber a pessoa coletiva como um sujeito de direito distinto das pessoas naturais que a compõem. A pessoa jurídica é vista como um centro de imputação, um sujeito dotado de direitos, deveres e obrigações próprios, inconfundíveis com aqueles de seus instituidores, sócios ou associados.

Corolários desse princípio da autonomia da responsabilidade são: a) a capacidade jurídica, seja externa corporis, caracterizada pela possibilidade de seus atos serem oponíveis e surtirem efeitos perante terceiros, seja interna corporis, consubstanciada no regramento jurídico dos sócios entre si e em relação à própria sociedade; b) autonomia patrimonial: que deve ser entendida, primeiramente, como a aquisição de um acervo de bens distintos daqueles dos sócios; por força desse caractere, pode-se afirmar que somente a pessoa jurídica responde perante aquelas pessoas com quem mantém relações jurídicas, e que, portanto, somente o patrimônio do ente coletivo haverá de suportar eventual cobrança forçada de obrigações contraídas por ela, pessoa jurídica; c) limitação da responsabilidade, que há de ser encarado como um corolário do predicado anterior, fundando-se na idéia de economia de risco, por meio da qual se entende que os riscos

inerentes ao desenvolvimento de atividades com fins econômicos, ao invés de recaírem unicamente sobre os sócios e componentes da pessoa jurídica, devem ser suportados por toda a sociedade que se beneficia com a atuação do ente coletivo³¹.

Foi demonstrado, também, que a manutenção e a preservação irrestrita desses caracteres acabou por permitir que o instituto fosse manipulado para desatender as finalidades e funções para as quais foi inicialmente concebido (rememore-se, à guisa de ilustração, os exemplos citados quando da evolução histórica da doutrina da disregard). Foi exatamente com o escopo de combater os desvios e abusos cometidos por meio da personificação da Pessoa Jurídica que se desenvolveu a doutrina da desconsideração.

Sucedo que, de início, referida doutrina foi pensada apenas para debelar situações em que a pessoa jurídica é que se apresentava como sujeito (elemento, ator) central de um negócio abusivo, fraudulento, lesivo ou dissimulado, passível de causar prejuízo a terceiros que, de qualquer modo, mantivessem relações jurídicas com a pessoa coletiva.

Em outras palavras: a aplicação da disregard sempre esteve vinculada à finalidade de permitir a execução de bens particulares dos sócios ou administradores em face de obrigações contraídas pela Sociedade, quando a personificação desta se apresentasse como óbice a satisfação dos direitos de terceiros lesados pela atuação da pessoa jurídica.

Assim, a desconsideração sempre partia de situações em que a própria pessoa jurídica era parte do ato ou negócio jurídico por meio do qual o uso abusivo da personalidade era levado a cabo. Por isso que, tradicionalmente, seja no campo das especulações doutrinárias, seja na seara jurisprudencial, a doutrina da desconsideração sempre teve por desiderato permitir a execução de bens individuais de sócios ou administradores da sociedade em razão de dívidas ou obrigações por esta contraída.

No entanto, a criatividade dos atores sociais rendeu ensejo a fraudes diversas, e até mais sofisticadas do que aquelas onde se vivenciou, em primeira plana, as situações que renderam ensejo ao surgimento da teoria da desconsideração – como no caso Salomon

³¹ PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. *Anotações sobre pessoas jurídicas*. IN: A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil Constitucional. Coordenador: Gustavo Tepedino. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89-90.

VS Salomon & Co. A desconformidade do uso da Pessoa Jurídica com os seus fins e objeto social passou a ter influência em searas em que a atuação da própria pessoa jurídica é interdita, como no campo das relações de família.

É consabido que diversos direitos e situações jurídicas próprios do Direito de família (verbi gratia: direito à filiação, a alimentos, a celebração de casamento, etc.) não são extensíveis ou exercitáveis pela pessoa jurídica, porquanto não é ela dotada de capacidade jurídica (capacidade de direito) para a prática de tais atos. Neste conduto, é inimaginável, à luz de qualquer ordenamento positivo moderno, que a pessoa coletiva seja, por exemplo, titular de um direito de filiação, ou vindique, em juízo, direito a alimentos.

Contudo, até mesmo naqueles ramos dogmáticos em que é vedada a participação ativa da pessoa coletiva em relações jurídicas foi possível constatar a ocorrência de fraudes e abusos do instituto. Para remediar esta novel disfunção do instituto foi preciso pensar-se em um desdobramento doutrinário específico para a teoria da desconsideração da personalidade. Neste contexto é que vai surgir a chamada teoria da desconsideração inversa, cuja diretriz maior é permitir que bens da Sociedade respondam por execução de dívidas contraídas pelos sócios ou administradores do ente coletivo.

É possível, então, ocorrer situações onde, ao invés de a execução forçada recair na pessoa natural (figura do sócio, administrador ou representante legal), esta se processará em sentido inverso, vale dizer, na pessoa jurídica, para a satisfação de dívidas e obrigações pessoais do sócio, que, de modo ardiloso, pelo manejo abusivo e fraudulento do véu da personalidade do ente coletivo, vai aos poucos transferindo os ganhos e bens pessoais para a pessoa jurídica.

Tal procedimento de transferência gradual de bens do sócio para a pessoa jurídica é, não raras vezes, realizado com intuito premeditado de fraudar o regime de bens do casamento do sócio que compõe a Sociedade. A transferência voluntária de bens em situações tais terá o condão de, em caso de futuro divórcio ou dissolução de união estável mantida pelo sócio, diminuir “artificialmente” o patrimônio comum do casal e, por conseguinte, reduzir a meação a que a esposa faria jus em caso de não haver a transferência fraudulenta de bens ou direitos para a pessoa jurídica.

In casu, a superação da personalidade não pretende proteger direitos de credores negociais ou não-negociais da Sociedade, mas, sim, preservar, a um só tempo, a higidez do regime de bens que rege o matrimônio e coibir que um dos consortes seja lesado pela partilha realizada em eventual dissolução da sociedade conjugal.

No intuito de combater semelhantes situações de fraude, desenvolveu-se uma variante bastante específica da teoria da disregard, a que se convencionou chamar de desconsideração inversa³², que se caracteriza, em suma, pela possibilidade de executar bens próprios da sociedade em razão de dívidas contraídas por um de seus sócios ou administradores.

Segundo informa Fábio Ulhôa Coelho, a fraude que a desconsideração inversa visa coibir, em essência, é o desvio de bens, através do qual o sócio transfere seus bens pessoais para a sociedade por ele controlada, de modo que o acervo patrimonial transferido passe a constituir formalmente o patrimônio da pessoa jurídica, embora o sócio continue a usufruí-los a seu bel-prazer.

É bem de ver que, em se tratando de pessoas jurídicas associativas ou fundacionais, o campo para a perpetração de fraudes por meio do desvio de bens se mostra ainda mais fértil, haja vista a inexistência de qualquer atribuição ao integrante (sócio) ou instituidor de bem correspondente à respectiva participação na constituição do novo sujeito de direito (fundação ou associação) – diferentemente do que ocorre nas sociedades, nas quais é atribuída a cada sócio uma quota ou ação representativa do capital social.[4]

Nesta ordem de idéias, não é difícil perceber que, mesmo nessas situações em que a pessoa jurídica não figure diretamente em nenhum dos pólos da relação jurídica sobre a qual incidirá a fraude, a personalidade é manejada com manifesto desatendimento de sua finalidade, em desconformidade com as funções jurídicas e sociais para as quais foi preposta, causando prejuízos a terceiros.

³² MADALENO, Rolf. *Direito de família: questões polêmicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p.27, apud RAMOS, André Luiz Santos Cruz. *Curso de Direito Empresarial - O novo regime jurídico empresarial brasileiro*. 2.ed. Salvador; Editora Juspodivm, 2009, p. 337; COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial – Volume 2*. 7.ed. São Paulo; Saraiva, 2004, p.44-45

Gustavo Tepedino³³, em ensaio sobre o tema, faz um levantamento da aplicação da desconsideração inversa nos Tribunais, a exemplo de julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)³⁴, no qual foi aplicada a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade a que pertencia um dos cônjuges por restar “claro que o patrimônio terminou se confundindo com o próprio patrimônio do casal que dele usufruía”.

De outro vértice, conforme assinala o referido doutrinador, também é possível situações onde aplicado a disregard por força de atos simulados e fraudulentos levados a cabo com o escopo de diminuir ganhos dentro da pessoa jurídica, cujo objetivo final reside na intenção de reduzir ou até mesmo evitar os encargos de pensão alimentícia, inclusive com julgado do TJRS³⁵ nessa linha de pensamento.

Ainda mais grave são aquelas situações onde o marido, com o fito de se esquivar da divisão patrimonial ou da obrigação alimentar (não se desconhece, outrossim, situações em que os atos são praticados com a finalidade de se esquivar do adimplemento de débitos trabalhistas e/ou tributários), transfere os seus ganhos para interposta pessoa, aparentando (irrealidade) auferir pequenos ganhos, seja como pessoa física, seja através da pessoa jurídica onde é sócio, todavia, possui despesas elevadas com cartão de crédito, reside em moradia de luxo, ostenta carro de elevado valor, situação esta que dificulta a aplicação da técnica da desconsideração.

O que fica evidente na análise do tema desconsideração inversa, é que a aplicação do instituto, cujas raízes legislativas somente ganharam feição por aqui em 1990 com o advento da Lei n, 8.078, que instituiu o Código de Proteção e defesa do Consumidor -

³³ TEPEDINO. Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Revista Trimestral de Direito Civil, a.8, v.30, abr./jun, 2007, p. 69

³⁴ TJRS, Ag. Instr. 70006007553, 7ª CC, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 14.5.2003. Gustavo Tepedino cita no mesmo sentido decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a saber: TJRJ, Ag. Instr. 24.825/2005, 16ª CC, Rel. Des. Ronald Valladares, julg. 19.9.2006.

³⁵ “Alimentos. Ação revisional. Aptidão da pessoa física, titular da pessoa jurídica, para pensionar. A teoria da personalidade (art. 20 do Código Civil). Desconsideração. A transferência de quotas sociais, do sócio quase absoluto de empresa, para o nome de sua sogra, em evidente fraude à lei de alimentos, é ineficaz em face do credor. Sentença confirmada. TJRS, Ap. Cív. 59002128, 8ª CC, Rel. Des. Clarindo Favretto, julg. 4.4.1991.

CDC, seja a partir da pessoa jurídica em direção ao sócio, ou de modo inverso, como aqui delineado, tem por escopo a proteção (blindagem) de uma das partes envolvida no negócio, desde que presente a ilicitude, a fraude - o desvio de finalidade, vale dizer, o abuso da personalidade, a desconsideração nesse sentido representa uma técnica para restabelecer o status quo. Não por outro motivo, mais de três décadas antes da introdução da desconsideração na legislação pátria, no ano de 1955, o Tribunal de Justiça de São Paulo(TJSP)³⁶, em acórdão da lavra do Desembargador Edgard de Moura Bittencourt autorizou a aplicação da desconsideração ante a demonstração de abuso de personalidade.

No acórdão paradigma (vide a nota abaixo), o Des. Moura Bittencourt para autorizar a aplicação da desconsideração, posiciona-se de forma acertada na teoria ficcionista da pessoa jurídica, chegando a afirmar a empresa é uma “ficção útil da lei”, e “não pode isolar-se da personalidade que a compõe, sob pena de fugir-se à realidade”, já que, do contrário, a empresa seria um ninho para fraudes e enriquecimento sem causa³⁷, desvirtuando a sua função.

Conforme se depreende da leitura do aresto, mesmo à míngua de previsão legal, a doutrina da desconsideração inversa já tinha acolhida no âmbito jurisprudencial, calcada na idéia de justiça enquanto equidade e na vedação ao enriquecimento sem causa (princípio geral do direito).

³⁶ “Há no caso, completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o do embargante, o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrados no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; (...) Hoje em dia, a atividade comercial gira quase sempre em firmas coletivas. Há pessoas físicas que têm todo o seu patrimônio envolvido em diversas firmas. Individualmente nada possuem. Em obrigações assumidas em nome pessoal, estariam os credores em inferioridade patente se se isolarem da garantia das obrigações assumidas, quer os bens, quer as atividades do devedor associado a firmas. Como ficção útil da lei a personalidade jurídica coletiva não pode isolar-se da personalidade que a compõe, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais e industriais em nome individual. A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajusta-los ao direito”. TJSP, Ap. Cív. 9.247, Rel. Des. Edgard de Moura Bittencourt, julg. 11.4.1955, in RT 238/394.

³⁷ Nesse sentido, confira entendimento jurisprudencial (RT 592/172): “Execução Fiscal – Sociedade Fictícia – Sócio que detém 99,2% do capital social. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital social, sendo o restante 0,8% de sua mãe e de um conchudo. Assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio básico e não um tabu, e merece ser desconsiderado quando a sociedade é apenas um alter ego de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual”, Acórdão transcrito por Amador Paes de Almeida in Execução de Bens dos Sócios, 8.ed. São Paulo: Saraiva., 2007.

Hodiernamente, após as inovações legislativas que positivaram a disregard doctrine no direito brasileiro, cumpre indagar qual seria o fundamento, a base legal, para a aplicação da teoria da desconsideração inversa. Ainda nessa linha de perquirição, caberia também investigar a utilidade de específica variante da disregard doctrine no campo das relações de consumo.

Pois bem. No tocante ao fundamento legal para a adoção e aplicação da desconsideração inversa, tem-se entendido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, que o art. 50 do Novo Código Civil autoriza a superação da personalidade jurídica em situações em que se constata ato praticado por particular pessoa física que, fraudulentamente, transfere seus bens para a pessoa jurídica da qual é sócio, continuando a usufruir deles sem qualquer restrição, comportando-se como verdadeiro proprietário.

Prevalece, na jurisprudência, o entendimento que o art. 50 do Diploma civil autoriza tanto a desconsideração da personalidade societária que vise ao alcance dos bens do sócio para garantir a satisfação de dívidas da sociedade, como também o caminho inverso, via do qual a personalidade jurídica do ente coletivo é episodicamente afastada para buscar bens societários que garantam o adimplemento de obrigações pertencentes a um dos sócios que tenha se valido do véu corporativo de forma abusiva e contrária as finalidades sociais do instituto.

Essa solução tem gozado de ampla acolhida no seio da jurisprudência pátria, mormente em julgados³⁸ proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC.

³⁸ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA CONVERTIDA EM EXECUÇÃO – DECISÃO DETERMINANDO A PENHORA DE DIREITO AFETO À SOCIEDADE LIMITADA, CUJO QUADRO SOCIAL É INTEGRADO PELO DEVEDOR PESSOA FÍSICA, OCASIONANDO A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ART. 50 DO CC/2002) – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE DECRETADA EX OFFICIO - OFENSA AOS ARTS. 93, IX, DA CRFB, E 165 DO CPC - RECURSO PREJUDICADO.

O interlocutório que desconsidera inversamente a personalidade jurídica de sociedade comercial integrada pelo executado, fazendo com que a empresa responda com seu patrimônio pela dívida pessoal do sócio, está circunscrito aos pressupostos do art. 50 do CC/2002, cabendo ao juiz, fundamentadamente, apontar as razões do seu convencimento, seja pelo acolhimento ou rejeição do pedido, sob pena de vulneração aos arts. 93, IX, da CRFB, e 165, do CPC, dispositivos que transmitem a necessidade de motivação nas decisões judiciais, ainda que concisa, sob pena de nulidade. Acórdão: Agravo de instrumento n. 2005.031945-4, de Canoinhas. Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi. Data da decisão: Publicação: DJSC Eletrônico n. 56, edição de 19.09.06, p. 30”.

No âmbito doutrinário, esse entendimento também tem prevalecido, havendo, inclusive, enunciado formulado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal - CJF que expressamente admite a desconsideração inversa com arrimo no comando normativo plasmado no art. 50 da codificação civil. Eis o teor do enunciado: “Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

3.4. A teoria menor da desconsideração

Ulhôa Coelho noticia a existência de uma vertente menos desenvolvida da teoria, a que denomina teoria menor da desconsideração. Segundo esta, haverá possibilidade de utilização da *disregard* sempre que o patrimônio da Sociedade demonstrar-se insuficiente para saldar suas dívidas. Não se perquire se as obrigações foram contraídas com intuito fraudatório ou mesmo se houve abuso no manejo da regra da separação de patrimônio.

Se o patrimônio apresenta-se insuficiente para arcar com as obrigações da empresa, recorrer-se-á à técnica da desconsideração, a fim de viabilizar a imputação dos débitos ao sócio e, em decorrência, ao patrimônio destes.

Esta teoria sequer cogita acerca da natureza, privilegiada ou não, do crédito a ser adimplido. Preocupa-se tão-só com a solvabilidade do ente coletivo. Em suma: esta malchamada vertente da teoria da desconsideração³⁹ ignora a existência da regra da

“Na desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresa comercial, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se a sociedade por obrigação pessoal do sócio. Tal somente é admitido, entretanto, quando comprovado suficientemente ter havido desvio de bens, com o devedor transferindo seus bens à empresa da qual detém controle absoluto, continuando, todavia, deles a usufruir integralmente, conquanto não integrem eles o seu patrimônio particular, porquanto integrados ao patrimônio da pessoa jurídica controlada. (...). (AI n. 2000.018889-1, de São José, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 25.01.02).”

³⁹ Por uma questão de método, Ulhôa defende a utilização da terminologia “desconsideração” ainda nestas hipóteses em que há uma total abstração da idéia de separação de patrimônio entre a sociedade e seus sócios.

separação de patrimônio, somente a respeitando para as hipóteses de Pessoas Jurídicas em estado de insolvência.

3.5. A desconsideração no Direito positivo

Sobre o art. 28 do CDC⁴⁰, Coelho afirma que o dispositivo não espelha o aperfeiçoamento teórico que a doutrina conferiu ao tema. Aduz ainda se tratar de dispositivo de difícil interpretação, dando margem a equívocos interpretativos.

Outro ponto digno de nota é o fato de o dispositivo omitir o elemento fraude – encarado como requisito fundamental para a construção da teoria – como requisito “autorizativo” (hipótese material de incidência) da desconsideração.

O ineditismo veiculado no caput do artigo, ao prever a hipótese de desconsideração em caso de encerramento (falência, insolvência, etc.) das atividades da empresa por má administração, constitui um avanço ou um retrocesso no trato da teoria? A indagação ganha em pertinência se considerarmos que se trata de hipótese na qual não se faz necessário demonstrar a manipulação abusiva ou fraudulenta da pessoa jurídica.

É de se notar que o *caput* do art. 28 veicula ainda uma hipótese que não corresponde exatamente à desconsideração da personalidade, mas sim a responsabilidade direta do preposto da empresa por ato de má administração.

Este equívoco cometido pelo dispositivo proporciona-nos o correto entendimento acerca de outros fenômenos, principalmente no Direito Tributário, que não representam genuínas hipóteses de desconsideração.

⁴⁰ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
[...]

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

Quando a lei prevê a responsabilização direta do administrador não está a tratar da *disregard*, que pressupõe necessariamente a situação em que a personalidade do ente coletivo apresenta-se como um obstáculo à responsabilização dos sócios, verdadeiros responsáveis pela prática do ato abusivo.

No tocante ao parágrafo quinto do CDC28, deve-se consignar que o dispositivo há de ser interpretado à luz da teoria geral da desconsideração, para que não se sacrifique a existência da pessoa jurídica no âmbito das relações de consumo, e também para reforçar a idéia matriz deste trabalho, qual seja; a desconsideração visa exatamente à preservação, à afirmação teórica, do instituto da pessoa jurídica.

3.6. Teoria Geral da Pessoa Jurídica

De acordo com lição de Kelsen, a Pessoa jurídica é ponto de imputação de direitos e obrigações distintos dos sócios. Corolário desta noção é a titularidade de personalidade, patrimônio, nacionalidade e domicílio próprios (inclusive direitos personalíssimos)⁴¹, patrimônio autônomo, aptidão para exercer pretensões, comparecer em juízo por si.

Essa “autonomização” da pessoa jurídica visa exatamente facilitar a consecução de empreendimentos comuns, onde se agregam interesses de vários indivíduos ou membros.

De outro lado, não se pode olvidar que a autonomia, não raras vezes, tem sido manipulada para atender finalidades desviantes, não correspondentes à função para qual foi vocacionado o instituto da Pessoa Jurídica, desvirtuando-a.

É que a ficção (ou realidade técnica) em que consiste o ente coletivo é prevista para satisfazer finalidades previstas na ordem jurídica.

⁴¹ O Novo Código Civil (doravante, NCC) avançou no trato desta matéria, mandado aplicar, no que couber, às pessoas jurídicas o regramento de direitos da personalidade (arts.11-21 do NCC). Há ainda a Súmula do STJ que corrobora o entendimento de que a Pessoa Jurídica pode ser vítima de dano moral.

Deste modo, a pessoa jurídica foi concebida para observar, dentre outras⁴², as seguintes funções:

- a) Propiciar a conjugação de esforços para o desenvolvimento de empreendimentos sociais de maior relevância, cuja realização seria sobremodo dificultosa se dirigida pela pessoa natural;
- b) Reduzir os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial;
- c) Possibilitar o desempenho de atividades religiosas, educacionais, políticas;
- d) Conferir a agrupamento de bens (*universitas bonorum*) personalidade capaz de permitir o desenvolvimento de atividades socialmente relevantes⁴³

Quando tais finalidades/funções são desatendidas, o próprio ordenamento deve prever um instrumental capaz de contornar essas situações de disfunção, a fim de preservar as finalidades iniciais para as quais o instituto foi engendrado, até como forma de a pessoa jurídica auto-preservar-se [encaixar aqui a teoria da autopoiese (Gunter Teubner e Willis Santiago Guerra Filho)].

A propalada crise que acomete o instituto da PESSOA JURÍDICA PODE SER ENCARADA POR duas óticas: a) sistemático-normativa (compromete a *função* jurídica primordial do instituto); b) axiológica. [trabalhar com Juan Dobson e Lamartine Correa, Dupla Crise da Pessoa Jurídica]

Neste ponto, é oportuna uma abordagem sob um viés filosófico⁴⁴. Os autores que tratam do tema costumam apontar a decisiva influência que a *Jurisprudência dos interesses* (*Philip Heck*) exerceu para o amadurecimento da *disregard doctrine*.

Se a pessoa jurídica é instrumento de há muito conhecido dos lidadores da ciência jurídica, a teoria da desconsideração é um artifício (constructo) doutrinário de história recente. Segundo informa Fábio Ulhôa Coelho, as primeiras considerações sobre a

⁴³ SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aspectos Processuais. Rio de Janeiro: renovar, 2002, p.81.

⁴⁴ O monografista, conforme já se afirmou alhures, advoga a tese que a compreensão do fenômeno jurídico passa necessariamente pelo influxo da filosofia do direito. Neste sentido, a *jusfilosofia* tedesca servirá de importante norte teórico para fundamentar os desdobramentos argumentativos desenvolvidos no curso da pesquisa.

teoria foram desenvolvidas em estudo realizado pelo jurista norte-americano Maurice Worsler, em 1912.⁴⁵

Algumas décadas mais tarde, nos anos de 1953-54, caberia a Rolf Serick sistematizar de modo inovador a teoria da desconsideração, emprestando ao estudo contornos científicos mais bem definidos – conforme se terá a oportunidade de demonstrar mais adiante.⁴⁶

Para se ter uma perfeita noção acerca da recenticidade do tema, no final nas décadas de setenta e oitenta do século passado, eram por demais escassos os estudos da doutrina brasileira em derredor desta teoria – tal se justifica, em certa medida, pela falta de previsão legal do instituto no ordenamento nacional. À exceção de Pontes de Miranda⁴⁷, Maria Helena Diniz e Rubens Requião, este último o verdadeiro introdutor do tema entre nós, nenhuma era a bibliografia especializada nessa temática.

É bem verdade que o tema chegou a ser tratado de modo oblíquo em algumas obras de reputados autores nacionais⁴⁸, mas, frise-se, sem que constituísse o objeto central de suas preocupações.

Autores houve que chegaram a questionar a real necessidade do desenvolvimento da doutrina da desconsideração (*disregard doctrine*)⁴⁹, em razão de considerá-la como um mero apêndice no estudo das fraudes perpetradas através das “formas de direito” ou dos institutos dogmáticos. Contudo, esta posição, apesar de ter sua importância a título de informação, não merece ser acolhida, posto que o rol de fraudes passíveis de serem cometidas através do uso abusivo do véu corporativo da

45 COELHO, Fábio Ulhôa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.09.

46 Idem, ibidem.

47 Frise-se, aliás, que as referências feitas à *disregard* na obra do mestre alagoano se deram de modo rasteiro, cingindo-se a criticar o florescimento da teoria, por considerá-la um simples desprezo às formas de direito (personalidade jurídica), e encarando o surgimento da teoria como uma mera influência, por vezes até despropositada, da economia capitalista de mercado sobre o direito. Este entendimento lhe rendeu acerbas críticas por parte do Professo Fábio Konder Comparato, reproduzidas, ao depois, no estudo de COELHO, Fábio Ulhôa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.10 e outras.

48 Vale fazer referência às obras de Fábio Konder Comparato e Lamartine Corrêa de Oliveira. Citar as obras.

49 Philomeno Joaquim da Costa *apud* COELHO, Fábio Ulhôa. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, 10.

Sociedade é por demais variado, circunstância que, por si só, já exige um estudo em pormenor do fenômeno. Outro aspecto a ser considerado diz respeito à importância do instituto da Pessoa Jurídica para todo ordenamento.

De fora parte essas controvérsias sem maior interesse teórico, é certo que a teoria da desconsideração não surgiu como uma reação negativa ao instituto da Pessoa Jurídica. Muito ao revés, a *disregard* intenta salvaguardar a higidez da Pessoa Jurídica, a sua teleologia, instituto imprescindível a praticamente todos os ramos dogmáticos da ciência jurídica.

Daí já se pode depreender uma das idéias que constituirão o mote da pesquisa: a *disregard* não é senão um acréscimo, um contributo, ao estudo da teoria da Pessoa Jurídica, aperfeiçoando um instituto que sofreu claro desvirtuamento de sua essência com a eclosão das sociedades de massas⁵⁰.

Muito provavelmente a ressonância nominativa dessa teoria -”*desconsideração da pessoa jurídica*” - leve os mais incautos a encará-la como uma antítese da pessoa jurídica. Ledo engano.

A doutrina da desconsideração constitui, antes de qualquer coisa, um reforço à ficção da pessoa jurídica. Nos dizeres de Ulhôa, “a teoria da desconsideração é um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica”.

Esta afirmação pode parecer, à primeira vista, destituída de sentido. No decorrer do trabalho restará demonstrado que exatamente por constituir um aperfeiçoamento da pessoa jurídica, é que a *disregard* deve ser estudada dentro da teoria geral da pessoa jurídica. Outro ponto que denota esse aprimoramento diz respeito à própria sofisticação da teoria, que, diferente de técnicas aparentemente semelhantes, como a despersonalização ou a invalidação dos atos constitutivos da Pessoa Jurídica, opera no plano fenomenológico da eficácia⁵¹.

50 Neste ponto é imprescindível fazer citações sobre estudos relativos à “sociedade de massas” e de “consumo”. E ao artigo do Professor Washigton.

51 Neste ponto deve-se fazer referência a obras fundamentais ao estudo dos planos jurídicos. Ver Marcos Bernardes de Melo, Pontes de Miranda e Álvaro Vilaça de Azevedo, Arnaldo Vasconcello (Ceará).

Daí porque se sustentar, conforme se verá no curso do estudo, que não existem diferentes modalidades de “desconsideração”, uma para cada ramo dogmático do direito.

A desconsideração é um evento (fato jurídico?) único, tendente a coibir o abuso de direito e a prática de fraudes por meio do uso indevido da personalidade jurídica, mas que guarda peculiaridades no que diz respeito ao menor ou maior rigor no preenchimento de determinados requisitos para sua aplicação, a depender da seara dogmática em que seja aplicada (Direito do Consumidor, trabalhista, tributário, comercial, etc.).

Isto, aliás, conduz a uma conclusão que já se adianta de logo: topograficamente, a desconsideração deve estar alocada nas disposições atinentes à pessoa jurídica, no corpo da codificação civil. Assim como não há um conceito (teoria) do que seja a “pessoa jurídica” para o direito civil e outro para o Direito penal ou tributário”, não há razão teórica que justifique as assertivas segundo as quais existiriam variadas teorias da desconsideração da pessoa jurídica, uma para o Direito Civil, outra para o direito do consumidor, e tantas outras conforme seja o ramo dogmático que se está a tratar.

Deveras, existirão, enquanto exigências legais que viabilizem a aplicação da desconsideração, requisitos próprios para desconsiderar a pessoa jurídica em situações que envolvam a aplicação de regras de direito material do consumidor, ambiental ou da lei antitruste, *envolvendo mais propriamente aspectos de incidência fática do instituto*.

O fato de existirem pressupostos legais distintos para a aplicação da teoria nos diferentes ramos não imprime, de modo algum, validade à assertiva de que se trata de diferentes “desconsiderações”. O fenômeno é um só, uno: a hipótese de incidência autorizante da sua ocorrência é que variará conforme a legislação a ser aplicada no caso concreto.⁵²

52 Não tenho dúvida que esta idéia constitui uma das importantes contribuições (e inovações, na linha do decálogo do Professor Washigton) da dissertação. Deve, pois, ser desenvolvida em tópico próprio do trabalho.

No Direito do Consumidor a Desconsideração estará autorizada desde que preenchidas as exigências dogmáticas do art. 28. Já no Direito Civil comum (exclusive a legislação consumerista), haverá aplicação da teoria quando estiver presente a hipótese de incidência delineada no art. 50 do *Codex*.

Uma das principais, quiçá a mais importante, conseqüências decorrentes da personalização das pessoas jurídicas é a regra que impõe a separação de seu patrimônio em relação ao de seus sócios. Disto resulta que o acervo patrimonial do ente societário é que responderá, salvo hipóteses legais de exceção (responsabilidade subsidiária, por exemplo), frente às obrigações contraídas pela pessoa coletiva. Conceder, através de uma ficção dogmaticamente aceitável, personalidade a um ente implica franquear-lhe capacidade jurídica para contrair obrigações próprias, distintas das de seus membros, e por elas responder. Não haveria lógica em conferir personalidade ao ente sem conferir-lhe também direitos, deveres, obrigações, prerrogativas e patrimônio próprios.

A regra da autonomia patrimonial da pessoa jurídica confere utilidade prática ao instituto. Franqueia às pessoas jurídicas a constituição de entidades reconhecidas pelo direito, ainda que por exercício de ficção, que possibilitarão um trânsito de relações com outros indivíduos sem comprometer o patrimônio daqueles que compõe e controlam a ente coletivo criado.

Sucedem, não raras vezes, a regra da separação patrimonial tem sido manipulada de forma abusiva, a fim de satisfazer a falta de escrúpulos das pessoas que controlam a sociedade personificada, causando prejuízo a terceiros que travaram relações jurídicas com o ente coletivo. A pessoa jurídica passa a ser utilizada, então, para prática de fins não reconhecidos e tampouco acatados pelo ordenamento.

Outro exemplo também pode vir a socorro para bem demonstrar o abuso da pessoa jurídica. Imagine a hipótese em que um sujeito de direito, pessoa natural, plenamente capaz, celebre contrato obrigando-se a uma prestação de não fazer. Imagine, agora, que esse mesmo sujeito, devedor de uma obrigação negativa antes referida, aja na qualidade de órgão de pessoa jurídica, apresentando-a. E nesta qualidade de sujeito condutor da

vontade do ente coletivo acabe por praticar exatamente o ato a que havia se obrigado a abster enquanto pessoa natural.

Este simplório exemplo basta, até mesmo para uma mentalidade com rudimentos de direito, para provar que as formas de direito – pessoa natural com personalidade distinta da pessoa jurídica – podem ser manipuladas em detrimento das finalidades perseguidas pela própria ordem jurídica.

É fora de dúvida que, in casu, a pessoa jurídica foi utilizada de forma abusiva, ferindo de morte o conteúdo da disposição contratual entre a pessoa natural que age em nome da pessoa jurídica e o terceiro contratante. Apesar da regra da relatividade dos contratos⁵³ obrigar apenas aqueles sujeitos que figurem como partes na relação contratual, não se pode desprezar a influência que terceiros exercem sobre o objeto da avença. Máxime, quando se cogita da possibilidade desses terceiros, apesar de formalmente se apresentarem sob as vestes de um sujeito de direito alheio a qualquer dos pólos do contrato, agirem sob a vontade orientadora de um dos contratantes.

No exemplo ilustrado, a manipulação inescrupulosa das regras que formam o regime jurídico da pessoa jurídica acabou por enfraquecer a utilidade/higidez do instituto, já, por via reflexa, a pessoa jurídica serviu como instrumento, formalmente lícito (substancialmente ilícito e moralmente reprovável), para ensejar o descumprimento do contrato (malferindo o princípio da função social).

Com efeito. É lícito afirmar, sem temor de incorrer em erro, que a deficiência não está na ontologia da pessoa jurídica. É o manejo desvirtuado da regra que confere personalidade ao ente, e conseqüentemente lhe atribui patrimônio próprio, que justifica a necessidade de lançar mão da desconsideração para debelar situações de fraude ou a prática de atos emulativos. Em outros termos: a deficiência não reside na pessoa jurídica em si, mas no seu mau uso. Não se trata, portanto, de um defeito estrutural, ligado à ontologia do instituto, mas, ao contrário, à sua aplicação pela pessoas naturais que agem em nome daqueloutra, desvirtuada que foi em seus fins.

A teoria da desconsideração surge, então, como uma reação a esse desvirtuamento de propósitos do instituto. Ao tempo em que serve para coibir práticas fraudulentas e

abusivas, de todo censuradas pela ordem jurídica vigente, presta-se também para reafirmar o instituto da pessoa jurídica.

Conforme se constata facilmente a partir da análise dos exemplos oferecidos, o manejo inadequado da regra da autonomia patrimonial tem se revelado o principal expediente para caracterização das situações de fraude.

É bem de ver que algumas situações são por demais rebarbativas; outras, porém, constituem fraudes com um nível de sofisticação invejável às mentes mais argutas. É por esta razão que o estudo da desconsideração foi catapultado ao desenvolvimento de uma teoria autônoma, capaz de açambarcar todas as nuances inerentes ao abuso de forma da pessoa jurídica.

Extirpar a regra que personifica as entidades coletivas do ordenamento seria o mesmo que subtrair completamente a valia do instituto, que durante tantos séculos se prestou, e ainda se presta, a inegáveis benefícios à coletividade.

Foi com esse espírito que a jurisprudência⁵⁴ sempre esboçou reações ao cometimento de fraudes através da Pessoa Jurídica, muito antes de se cogitar, ou de se esboçar, sobre a teoria da Desconsideração.

Os fundamentos invocados para o desprezo episódico da regra da personalização e da separação patrimonial eram os mais diversos. Desde a justiça, equidade, a teoria da propriedade fiduciária, o princípio da boa-fé.⁵⁵

Não se pode negar o mérito ínsito a estas reações jurisprudenciais, sempre atentas em identificar as situações de mau uso da personalidade da entidade coletiva. Entrementes, a falta de critérios rígidos, dogmáticamente, mas delineados, aliada à ausência de uma construção científica mais acendrada acerca do tema, criaram campo oportuno para alguns casuísmos jurisprudenciais, que chegaram ao extremo de questionar a própria validade do instituto da pessoa jurídica.

54 Achar jurisprudência da década de setenta e oitenta que ratifiquem a afirmação.

55 COELHO, Fábio Ulhôa. Desconsideração da pessoa jurídica. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 1989, p.15, há citação de acórdão paradigmático, relatado pelo dês. Edgard Moura Bittencourt, nos quais os julgadores debatem os diversos fundamentos jurídicos que permitiram o desprezo temporário das regras da personalização.

Não por outro motivo a jurisprudência sempre repeliu veementemente as sociedades comerciais formadas por cônjuges, declarando a sua invalidade.

E mais: nesse contexto de absoluto vácuo legislativo. não era raro magistrados declararem a invalidade do ato constitutivo do ente coletivo, retirando de vez por todas qualquer juridicidade à pessoa jurídica então extinta. Recorria-se, então, a expediente drástico, prejudicial não apenas aos membros que compõem (compunham) a sociedade dissolvida, mas todos aqueles que direta ou indiretamente se beneficiam com a atuação da pessoa jurídica.⁵⁶

3.7. O Surgimento da Teoria da Desconsideração

Conforme se vem de aludir, a desconsideração da pessoa jurídica só veio a surgir como teoria com as contribuições de Rolf Serick.

Para o desenvolvimento de sua teoria, o jurista, após analisar diversos casos tratados pela jurisprudência alemã e italiana, parte da premissa, acatada como de todo válida nesta pesquisa, de que o cerne do problema não reside na separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e de seu sócio.

Como já se disse alhures, não é uma questão ontológica. Antes, trata-se de um problema teleológico. Que envolve um desvio de finalidade da egra que concebe a personificação à pessoa jurídica, atribuindo-lhe, conseqüentemente, autonomia patrimonial.

Segundo o jurista, aquele que usa indevidamente o instituto, não merece gozar dos benefícios por ele proporcionado. A regra da separação patrimonial deixará de ter valia quando a pessoa jurídica for utilizada para fins ilícitos, contrários à teleologia do instituto. Percebe-se que em sua gênese a formulação de Serick tem nuances subjetivas,

⁵⁶ Este é o mote para esmiuçar a estreita relação existente entre a técnica da desconsideração e o principal da função social da empresa (variante do princípio da função social da propriedade).

que não escondem uma predileção em avaliar as intenções, elementos anímicos, daqueles que agem em nome da pessoa jurídica.

Na construção de sua teoria acerca dos abusos de forma através da pessoa jurídica e da possibilidade de sua desconsideração, o autor formula quatro postulados que servem de alicerce a suas idéias. Deveras, algumas dessas premissas somente tem validade circunstancial, posto que imaginados á luz de regras próprias a ordenamento alienígenas. Com efeito, as referências aos postulados ater-se-ão àquele passíveis de generalização.

Bem por isso o jurista formula o primeiro postulado de sua teoria. Em situações em que há abuso da personalidade. Por mais que formalmente os atos jurídicos levados a efeito pela pessoa jurídica revistam-se de caracteres formalmente lícitos, haverá, em substância, um ato ilícito, contrário a finalidade do instituto. Despreza-se pois a aparência do ato (sua forma), para alcançar-se a sua substancialidade. Ainda de acordo com tal entendimento, não se poderá analisar o atuar da pessoa jurídica desprezado da ação de pessoas físicas que a controlam. È a conduta das pessoas físicas que apresentam o ente coletivo que servirá de parâmetro para desvendar a fraude.⁵⁷ Já se vê, então, que seu estudo prima por uma ótica peculiar do instituto: analisa-se a condutas daqueles que apresentam as manifestações volitivas da Sociedade.

Avançado na construção de sua teoria, o jurista forma sua segunda proposição basilar, umbilicalmente ligada ao conteúdo do primeiro princípio. O epicentro de seu segundo enunciado é o estudo do requisito da ilicitude.⁵⁸ Somente quando a personalidade é utilizada para fins antijurídicos é que estará justificada a sua superação.

Nesta senda, na linha do quanto sustentado nesta pesquisa, não se poderia formular um juízo negativo a priori sobre a regra da autonomia patrimonial. Volta-se a afirmar que não se trata de um problema de essência do instituto. A desconsideração da autonomia

57 COELHO, Fábio Ulhôa. Desconsideração da pessoa jurídica. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 1989, 19. É imprescindível tentar citar a obra original.

58 Algumas crítica poderão ser feitas a este requisito. Ulhôa elenca, em posição diametralmente oposta, o pressuposto da licitude como dado autorizador da desconsideração.

patrimonial somente se justificaria sob um ângulo pragmático, quando a regra fosse deliberadamente utilizada em desacordo com o fins para o quais foi concebida.⁵⁹

Outro postulado de fundamental importância para a compreensão da teoria de Rolf Serick diz respeito a uma exigência de uma disciplina legal mais rigorosa por parte do legislador. Duz o autor que será possível levar a efeito o expediente da desconsideração naqueles negócios celebrados entre a pessoa jurídica e seu sócio, quando necessariamente o legislador tenha previsto, para a hipótese, a necessidade da presença de dois sujeitos guiados por vontades distintas.

O grande mérito de Serick foi principiar um estudo sistematizado sobre o tema. Embora sua teoria tenha se desenvolvido à luz de casos específicos e de regras jurídicas delimitadas a certos ordenamentos, não se pode negar a valia de suas contribuições. Foi com seu estudo que passaram a ter balizas mais seguras para que os operadores pudessem aplicar o mecanismo da disregard de modo mais seguro e menos casuísta. É preciso sublinhar, ademais, a imprescindibilidade de se cogitar acerca do abuso e do intuito fraudulento para autorizar o afastamento da regra da autonomia patrimonial.

Essas duas últimas constatações podem ser tomadas como o maior legado de sua obra. Sua influência nas teorias que lhe sucederam e na própria legislação pátria será percebida quando do estudo de outros tópicos, mais adiante.

3.7.1. A teoria de Piero Verrucoli

Primeiramente, cumpre informar que o estudo do professor italiano se deu à luz do ordenamento jurídico italiano, que não confere personificação às chamadas sociedades de pessoas⁶⁰. Resulta desta peculiaridade do direito positivo italiano a referência, na obra do autor, apenas ao “superar da personalidade nas sociedades de capital”, sem menção às sociedades de pessoas.

⁵⁹ Deve-se salientar que na construção de sua teoria Serick formula algumas exceções a este segundo período. Tais exceções, posto que não generalizáveis, não merecem menção para uma boa compreensão do tema.

O maior mérito do estudo do jurista italiano foi identificar as especificidades da desconsideração da pessoa jurídica nos ordenamentos ligados ao civil Law e ao common Law. O paralelo (quadro comparativo) entre a desconsideração nos dois sistemas constitui, indubitavelmente, o maior legado da obra do autor italiano.

Antes, porém, de aclarar as distinções entre o sueramento da personalidade entre os dois sistemas, o autor buscou expor suas convicções sobre a própria teoria da personificação dos entes coletivos.

Após analisar as disposições legais – e até as práticas consuetudinárias – de diversos ordenamentos, em específico o italiano, o inglês e o norte-americano, o autor concluiu que a personificação das sociedades coletivas constituiria um verdadeiro privilégio em favor dos membros (sócios) que a compõem. Embora não encare a pessoa jurídica com uma ficção legal, no que discrepa da premissa metodológica acatada como válida neste trabalho, insiste na afirmação categorial de que a personificação concedida pelo Estado às pessoas coletivas não constitui outra coisa senão um benefício, um privilégio, destinado a facilitar a atuação de seus sócios no comércio jurídico.

Tal privilégio a que se vem de falar tem em vista a obediência de finalidades tidas como lícitas pelo Estado. Se é este que concede essa benesse, caberá a ele também estipular condições ou requisitos para que os sujeitos de direito (pessoas físicas) possam fruir das vantagens legais decorrentes do “privilégio da personificação”. Caberá ao próprio Estado (seja em sua feição legislativa, seja por sua atuação jurisprudencial) traçar os contornos de situações em se haverá um abuso do privilégio, predispondo a ordem legal mecanismos de reação contra as hipóteses abusivas. O superamento (na linguagem peculiar do autor) exurgirá exatamente como um desses mecanismos para obviar os abusos no uso do privilégio da personificação.

A maior crítica que se faz a esta idéia calcada no binômio personalização-privilégio é a de que não são raros os casos em que a desconsideração se operará em benefício aos sócios.

Sem adentrar a discussão acerca do acerto ou desacerto da concepção de personalidade enquanto privilégio, necessário enaltecer a grande contribuição advinda da obra do

autor, a saber: o contraponto entre a desconsideração nos sistemas vinculados ao direito escrito/legislado e o costumeiro.

A literatura do direito civil, ao abordar o tema da desconsideração, faz, quase que como uma exigência metodológica, referência ao célebre caso solomon VS Solomon & Co⁶¹, julgado n Inglaterra e considerado por Verucoli como o verdadeiro leading case sobre o tema.

Por mais que pareça contraditório, Verucoli afirma que foi exatamente na Inglaterra que a teoria se desenvolveu mais timidamente, por conta da superestima de que gozava o dogma da personificação (separação patrimonial) nas cortes inglesas.

De acordo com o estudo de Verucoli, era no direito americano que a disregard se dava sem maiores rigores, preocupando-se as corte americanas apenas em ressaltar sempre o primado da justiça no caso concreto, desprezando os rigores formais assinalados pelas regras de direito. Não havia preocupação em desenvolver uma teoria, sistematização dos mecanismos e demais meios utilizados para desprezar-se o véu corporativo das empresas. Os esforços da jurisprudência americana eram permeados por razões pragmáticas, centradas na preocupação de solver o caso posto à apreciação de forma justa e desvinculadas de maiores elucubrações sobre uma teoria da desconsideração, que pudesse ser usada como diretriz hermenêutica para futuros cases.

Diferenças: marcado por uma visão mais pragmática, voltada a solucionar situações potencialmente injustas, a desconsideração do common Law norte-americano desenvolveu-se completamente desatrelada de maiores preocupações teóricas. Em que pese o fato de não existir um comprometimento com a sistematização teórica do tema, é na jurisprudência norte-americana que se encontra a maior incidência na aplicação da disregard.

Diversamente, nos sistemas vinculados ao civil law, mormente na Europa continental – espaço territorial, não custa lembrar, historicamente tributário de concepções de pensamento sistemáticas, a exemplo da filosofia cartesiana – a teoria ganhou seus

primeiros contornos teóricos por conta do trabalho de Rolf Serick, mesmo sem contar com relatos de aplicação jurisprudencial da disregard.

Extremada estas distinções principais, Verucoli fez questão de assentar as semelhanças, os pontos de contato, entre o “superamento” da personalidade nos dois ordenamentos.

Para pontuar esta zona de intersecção entre as duas famílias, retoma a premissa inicial de seu estudo, segundo a qual o atributo (predicado) da personalidade consubstancia-se em privilégio conferido pelo estado, para então concluir ser este um fator de coincidência que potencialmente resultará em implicações práticas muito semelhantes entre os dois sistemas.

Mais adiante ver-se-á como as conclusões desse jurista estão imbuídas de equívoco metodológico, por acatarem como ponto de partida – e acresça-se, por oportuno, também como um ponto de chegada, uma conclusão – a insustentável idéia de personalidade como mero privilégio cujos destinatários são os membros da sociedade.

As regras atinentes à personalização são violáveis não apenas quando frontalmente transgredidas, mas também quando, malgrado as condutas dos sujeitos que atuam em nome da pessoa jurídica afigurem-se forma e aparentemente legal, atrimem com a teleologia subjacente à personificação dos entes coletivos.

4 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor

4.1. NOÇÕES GERAIS

A desconsideração da personalidade jurídica ingressou entre nós ingressou na Ordem Jurídica com a natureza dúplice, isto é, surge no Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), mas, já estava por analogia e por aplicação de Direito Comparado, conforme melhor explorado no capítulo anterior. A positivação do tema se verificou de início na disposição contida no art. 28⁶² do CDC.

Urge de logo chamar atenção que tanto em sede doutrinária, como jurisprudencial, o citado dispositivo despertou intenso debate hermenêutico, isso porque através de uma rápida leitura entre o seu caput e o parágrafo 5º, resta evidente que a aplicação da desconsideração só será possível se preenchido determinados requisitos, adotando o

⁶² Posteriormente, a desconsideração foi introduzida na Lei 8.884/1994 (Lei Antitrust).

primeiro a teoria maior, ao passo que para o segundo basta o obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores para a aplicação da desconsideração, portanto, adota a teoria menor, debate que ainda será enfrentado no capítulo em tela, onde será apresentado o nosso posicionamento sobre a questão.

A importância da desconsideração em sede consumerista ganha contornos segundo José Eduardo Faria⁶³ diante da globalização econômica, já que diante do poder exercido pelas grandes empresas, a aplicação da referida técnica não deixa de contribuir para a efetividade do direito fundamental do consumidor, preconizado no art. 5º da CF/88.

Não por outro motivo, este instituto foi produto de determinadas circunstâncias inerentes ao fenômeno da globalização e as suas indissociáveis conseqüências: surgimento das grandes corporações, empresas, companhias etc, por conseguinte, produção em grande escala de bens e serviços, desenvolvimento das técnicas de publicidade, recrudescimento do sistema de crédito, aprimoramento dos sistemas de comunicação e transportes, além dos avanços tecnológicos, na linha de pensamento articulado por Silveira Neto⁶⁴.

Ademais, o cidadão/consumidor não é aquele sujeito indiferenciado, sendo hodiernamente “[...] o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos com estatuto próprio [...]”⁶⁵. Assim, no monoteísmo de mercado, os países periféricos são os mais atingidos diante da vulnerabilidade que lhes é peculiar. Daí, a aplicação de determinados institutos da legislação consumerista, e, no particular, da desconsideração da personalidade jurídica, o que contribui para o alargamento do espaço de promoção e defesa da cidadania, não devendo este ser abandonado à *invisible hand* da esfera produtiva, pois “[...] o individualismo à deriva necessita de âncoras, de pontos fixos onde atar-se; do contrário o Direito e o indivíduo serão arrasados pelos ventos fortes das forças do mercado”⁶⁶. (LORRENZETI, 1998, p. 221).

Nesse diapasão, Luiz Edson Fachin⁶⁷ assinala que o contorno do novo contratualismo

⁶³ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica – Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1988.

⁶⁴ SILVEIRA NETO, Antônio. A ordem econômica globalizada e as relações de consumo – aspectos relativos à proteção do consumidor. *Revista Prim@ Facie*, a.1, n. 1, jul./dez. 2002.

⁶⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 69.

⁶⁶ LORENZETI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 221.

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

deve transpor os conceitos do século XIII e XIX, alcançando as novas relações jurídicas, a exemplo do Direito do Consumidor, que, inobstante não se amoldar ao paradigma anterior, não está claro. Ao longo do último século, e mais hodiernamente com o fenômeno da globalização, houve um enorme desequilíbrio nas relações de consumo, isto porque, longe de significar um processo harmônico e equilibrado, este fenômeno social encontra-se marcado por profundas e graves contradições, capazes de provocar rupturas epistemológicas nos conhecimentos constituídos, em especial naqueles da esfera do direito.

A modernidade surge como uma valorização do homem como subjetividade racional, na crença iluminista da razão como emancipadora da espécie humana. O direito moderno refletia esta perspectiva, na medida em que, como salienta os sociólogos, a principal característica da modernidade no campo da juridicidade seria a existência de um direito racional, ou, para utilizar uma própria expressão sociológica, “[...] direito calculável” [...], haja vista a necessária conexão entre a modernidade e o racionalismo ocidental.

Essa reestruturação produtiva e o impacto da globalização solaparam as bases destas idéias e, hoje, em muitos círculos do saber, está sendo proclamada a falência da razão e do discurso da modernidade com a renúncia a quadros interpretativos totalizadores, a exemplo da autonomia da vontade, que caracterizaram as abordagens unificadoras do sec. XIX, erigidas no suposto de que os fenômenos sociais se nucleavam em grandes categorias.

Ainda que não se aceite à crítica à globalização, é inegável que este momento é de profunda crise paradigmática da ciência do direito, em face da debilidade do aparelho estatal de impor seus comandos, da quebra da idéia da unicidade do sistema jurídico - hoje substituído por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos não ajustáveis entre si -, do inegável poder normativo atribuído aos grupos econômicos e da existência cada vez mais expressiva de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, absolutamente colidentes com o princípio da segurança jurídica, apanágio da dogmática tradicional.

É nesse cenário de mudanças substanciais que institutos como a desconsideração da personalidade jurídica ganha novas roupagens e abrem novos horizontes à experiência

jurídica, motivo pelo qual, indispensável estudar à aplicação e à extensão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na seara consumerista⁶⁸.

4.2. DIFERENÇAS ENTRE DESPERSONALIZAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO

Antes mesmo de adentrarmos no âmago do caput do CDC28, necessário se faz uma breve distinção entre despersonalização e desconsideração. Na primeira situação, a pessoa jurídica deixa de existir enquanto sujeito autônomo, por força de irregularidades ligadas aos atos de constituição da sociedade, nesse sentido, Flávia Lefèvre Guimarães⁶⁹, cita como exemplo, falta de registro, invalidade do contrato social, etc, afirmando a citada autora que aí o ente comercial nunca possuiu personalidade jurídica (falta requisito), configurando-se como sociedade de fato⁷⁰.

Por outro passo, na segunda situação, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, apenas afastando essa distinção provisoriamente para o caso concreto, já que judicial e processualmente, ou como regra jurídica material (afetada de coação), a desconsideração, conforme já destacado, é ato complexo, visivelmente paralisante, emanado do Poder Judiciário⁷¹.

⁶⁸ Importante destacar que inobstante o Código de Defesa do Consumidor ter sido sancionado através da Lei 8078/90, como que um microsistema jurídico, as primeiras normas sobre o tema ganharam força nos Estados Unidos da América e mais tarde na Europa Ocidental, sendo considerada a primeira anotação histórica sobre o tema, uma lei norte-americana de 1872, que coibia atos fraudulentos de comércio, destacando-se ainda a jurisprudência americana desde 1916, na linha do dever geral de diligência (*duty of care*) do vendedor e a inversão do ônus da prova na responsabilização civil do produtor. Por sua vez, ainda nos EUA a partir do Governo Kennedy foi intensificado a proteção ao consumidor, inclusive com a implementação dos seguintes atos normativos: (a) *Consumer Legal Remedies* (1969), que regulamenta a publicidade comercial, com determinação de responsabilidade legal pela qualidade e eficácia dos bens colocados no mercado pelos produtos ou comerciantes; (b) *Magnuson-Moss Warranty* (1975), referente à garantia obrigatória dos produtos acima de certo valor. Dispõe também que as condições de garantias e prazos devem constar dos contratos de venda ou embalagens dos produtos; (c) *Consumer Credit Protection Act* (1983), a fim de obrigar o agente financeiro a informar ao consumidor as condições e encargos do financiamento dos bens adquiridos, impondo, ainda, que sejam esclarecidos ao consumidor, os motivos pelos quais ocorrem as recusas de crédito, conforme pesquisa de Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, p. 156-157.

⁶⁹ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 49.

⁷⁰ Destaca ainda a citada autora (p. 49-50) que a “este tipo de sociedade a lei não atribuiu autonomia patrimonial, não havendo, portanto, como se falar em desconsiderar algo que não existe”. E mais: “Por conseguinte, tratando-se de sociedade de fato, caso haja direito a ressarcimento do dano ocorrido em virtude de negócio jurídico, não há que se falar em despersonalização, autorizada, por isso, a execução direta dos bens dos sócios”. E arremata: “Assim, a rigor, só podemos falar em despersonalização quando estivermos diante de sociedade validamente constituída”.

⁷¹ Aqui cabe destacar o pensamento de Gustavo Tepedino (op. cit, p. 72-73) ao comentar o NCC50 no sentido de que não cabe as autoridades administrativas a aplicação da desconsideração, citando o exemplo da “pretensão de autoridade administrativas, no plano de direito tributário, de desconsiderar a pessoa

5 CONCLUSÃO

jurídica para determinar a existência de relação de trabalho e o regime fiscal daí decorrente, sem que se verifique o necessário controle pelo Judiciário”. Na linha do pensamento de Tepedino, em sede de Direito do Consumidor, também seria vedado a desconsiderações por Órgãos do Executivo integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a exemplo do PROCON, ficando a desconsideração ao alvedrio do Judiciários, conforme o CDC28. Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, p. 157, assinala que nos EUA pelo menos cinco agência governamentais, tem o escopo de tutelar *diretamente* o interesse dos consumidores, a saber: (a) Federal Trade Commission, que consiste no órgão máximo do sistema no âmbito federal. Sua competência regulamentadora e fiscalizadora vem sendo ampliada por normas complementares; (b) Consumer’s Education Office, que possui, como principal função, a promoção e administração de programas educacionais direcionadas à formação e ao treinamento de pessoa especializado em consumer affair, além da educação e orientação do consumidor; (c) Food and Drug Administration, referente à fiscalização de produtos comestíveis, farmacêuticos, cosméticos e drogas; (d) Consumer Product Safety Commission, responsável pela fixação das normas e padrões de segurança dos produtos, além da fiscalização de sua aplicação; (e) Small Claim Courts, similares aos nossos Juizados Especiais Cíveis instituídos pela Lei 9099/95.

A conclusão de uma dissertação, ao nosso sentir, não pode ser uma síntese do que foi antes escrito, e sim a contribuição pessoal do pesquisador sobre o tema, de modo que o trabalho tenha uma aproximação com uma tese, ou até mesmo deixe um questionamento, que pode ser o ponto de partida para o doutoramento.

O étimo da palavra *disregard*, influência do *common law* no *civil law*, em verdade não significa desconsideração e sim desprezo, daí porque toda a construção sobre o tema já tem um ponto de partida etimologicamente irregular, já que em verdade não se pode desconsiderar a pessoa jurídica que é um constructo do Estado, só o próprio Estado pode permitir o descuro daquilo que construiu.

Daí porque, ao nosso sentir, salvo melhor juízo e sob a censura dos doutos, o que existe mesmo é um desprezo, para ser fiel ao termo *disregard*, que não se faz a pessoa jurídica, e sim em relação aos operadores da empresa que cometeram um desvirtuamento (desrespeito) a pessoa analógica (aqueles que manejam a pessoa jurídica), ou seja, um desvio de finalidade.

O tema da despersonalização que ganhou relevo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), já vinha sendo aplicado por alguns juízes brasileiros, e no Supremo Tribunal Federal, por Aliomar Baleeiro, entre outros, que, pesquisavam soluções para a crise da pessoa jurídica e seus operadores, chamavam ao tema de teoria da finalidade, eis que entendiam estar desvirtuando a finalidade da pessoa jurídica, segundo o teorema aristotélico “Nada existe sem causa, tudo tem uma razão de ser, segundo uma necessidade”.

Nessa linha de raciocínio, é possível chegar a duas conclusões:

A primeira que a “desconsideração”, afigura-se-me como se fora ato jurídico de natureza paralisando de outros atos praticados por operadores (administradores, diretores, presidente da Pessoa Jurídica) retirando-lhes autoridade (legitimidade) para praticá-los com lesão ao direito individual sob o pálio de ato fictício, como se fora da responsabilidade da Pessoa Jurídica.

A segunda que os intérpretes do CDC28, NCC50, e outras disposições atinentes ao tema, não podem fugir (complicando) dessas raízes jurisprudenciais que assentaram o tema, aliás, a legislação em vigor, deve ser considerada uma longa manus das

decisões dos pretórios. De tal modo, o desvio de finalidade deve ser encarado como uma exceção a chamada teoria de finalidade, e há de ser levado em conta para efeito de afetação dos bens dos sócios, diretores, presidente, etc

Não só isso, de fundamental importância para uma compreensão totalizante da questão, a teoria da irrealidade, para desocultar o ato aparente (dasein) sobre a qual se pratica milhares de atos jurídicos com eficácia e realidade, até chegar ao ponto que a dialética da supressão da irrealidade faça transparecer a fraude. Imperioso desvelar o irreal (sem essência) para chegar ao sein (essência), afastando os esquemas (fantasmas).

O tema não pode ser encarado somente do ponto de vista dogmático, necessário o influxo interdisciplinar com a economia, já que a questão assume mais complexidade depois do nascimento da grande empresa, da Empresa como fato mais relevante do Século passado nas relações humanas no campo econômico e mercantil. A empresa é o nicho onde se abriga a desconsideração, não tanto para infirmá-la como ente analógico que é, mas como defesa do ícone chamado consumidor (no caso, sócios acionistas, pequenos acionistas, quotistas, etc).

Daí, dois questionamentos podem ser colocados, como um abri da caixa de pandora, para uma pesquisa mais aprimorada: É possível o Juiz, como um funcionário do Estado, realizar o destructo da pessoa jurídica? Uma pessoa jurídica formada por três sócios, onde o desvio de finalidade ocorra por ato de apenas um dos sócios, é possível atingir o patrimônio dos outros dois sócios que não fizeram o desvirtuamento?

O pesquisador não tem a pretensão de esgotar o tema, mas, projetar novas luzes sobre o tema já muito visitado, de modo a subsidiar os operadores do direito, afinal quando descobriremos todas as respostas, as perguntas já serão outras....

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios. Obrigações Mercantis, Tributárias, Trabalhistas. Da Desconsideração da Personalidade Jurídica (Doutrina e Jurisprudência)*. 8.ed. Saraiva, 2007

AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ajuris, v. 20, jul. 1993.

ARAMBOURG, Camille. Os dados da Paleontologia Humana. In: VARAGNAC, André. *O homem antes da escrita*. Tradução de Ernesto Veiga de Oliveira. Lisboa-Rio de Janeiro: Edições Cosmos, 1963

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero e Augusto Pinheiro. São Paulo: Martins Fontes, 1977. 229 p. Título original: L'analyse de contenu.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação, tese*. São Paulo: Atlas, 2004

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Makron, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004

GALGANO, Francesco. Libro Primo – Delle Persone e della famiglia – Delle Persone Giuridiche – Art. 11 a 35. Bologna/Roma: Nicola Zanichelli, p. 3. In: SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

JOHNSON, Paul. *O livro de ouro dos papas. A vida e a obra dos principais líderes da Igreja*. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003

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

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LORENZETI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 221

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 1986. (Temas básicos de educação e ensino).

OVERHAGE, Paul e RAHNER, Karl. *Das problem Der Hominisation, uber den biologischen ursprung des menschen*. Herder, Freiburg, Basel, Wien, 1961

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, n. 58, p. 13-24, dez. 1974.

RICHARDSON, Roberto Jarry et al. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 39

SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA NETO, Antônio. A ordem econômica globalizada e as relações de consumo – aspectos relativos à proteção do consumidor. *Revista Prim@ Facie*, a.1, n. 1, jul./dez. 2002

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a.8, v.30, abr./jun, 2007

TRINDADE, Washington Luiz da. *3 Estudos. Os mestres que não conheci*. Salvador, 1980, p. 6.

ANEXO

