

A Evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais

José Tadeu Neves Xavier

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Professor da Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação da Faculdade IDC, Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul – FEMARGS. Advogado da União.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo apresentar breve síntese sobre a evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. São analisados os *leading cases* que deram origem ao debate sobre o afastamento da personalidade jurídica no sistema jurídico anglo-saxão e o percurso trilhado pela legislação interna na positivação do tema. Também é tratada a problemática da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica frente a garantia do devido processo legal, agora regulada expressamente no novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica. Origem. Aspectos materiais e processuais. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. A origem anglo-saxã da teoria da *piercing the corporate veil*. 4. A formação e consolidação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro. 4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na codificação civil. 4.1.1. O desvio de finalidade. 4.1.2. A confusão patrimonial. 4.2. A teoria maior e teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica. 5. A processualização da *disregard doctrine* no novo Código de Processo Civil. 6. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A teorização da pessoa jurídica representa uma das grandes realizações do pensamento jurídico moderno, exercendo especial importância prática em diversos setores do direito, mormente no âmbito das relações negociais.

Numa visão mais imediata o direito volta-se à regulamentação da pessoa humana, dispondo sobre a sua conduta, suas relações e seus bens, recepcionando e regulando a sua condição existencial, eis que somente estas são capazes de entendê-lo e respeitá-lo e, eventualmente, sofrer as consequências advindas da desobediência das determinações impostas pelo ordenamento jurídico. A complexidade crescente das relações sociais, porém, acarretou a necessidade de se ir além da pessoa natural, concebendo-se a existência de entes abstratos, capazes de compartilhar o cenário sociojurídico com os seres humanos. Ao lado da pessoa natural, foi concebida a pessoa jurídica, apta a substituir os indivíduos nas relações econômicas mais avançadas, com consideráveis vantagens.

Com a consolidação da condição da pessoa jurídica como sujeito de direito autônomo, as experiências sociais trouxeram a preocupação com a sua má-utilização, passando a se permitir o afastamento da personalidade do ente abstrato e, surpreendendo a realidade que lhe é subjacente, autorizar que a responsabilidade patrimonial venha a recair sobre os bens pessoais dos membros que a compõem. Foi criada, assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Surgida no âmbito do direito anglo-saxão, não tardou a ocupar espaço cativo na prática de ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, o que inclui o direito nacional, onde representa um dos exemplos mais emblemáticos do ativismo jurisprudencial experimentado nas últimas décadas no cenário do direito brasileiro. Apesar de sua origem estrangeira, a *disregard doctrine* encontrou no direito nacional solo fértil para a sua consolidação, garantindo presença cativa em nossos debates jurídicos.

A consagração da *doutrina da desconsideração* ocorreu, num primeiro momento, no ambiente pretoriano, a partir da década de oitenta do século passado. A sua positivação, porém, foi tardia, sendo construída de forma paulatina, por meio de legislações esparsas, até alcançar plena realização com o advento do Código Civil central de 2002, que a ela dedicou disposição normativa específica.

A normatização desta figura jurídica, no entanto, foi concretizada tão somente no plano material, sendo que o tema continuava carecendo

de atenção no aspecto concernente a sua efetivação no âmbito processual, ambiente no qual se realiza, por meio de sua aplicação os casos concretos. Tal lacuna abriu espaço para um rosário de debates sobre a definição da melhor técnica de sua efetivação no seio do processo civil, sem risco de ofensa aos ditames básicos do ordenamento processual.

A nova legislação processual, atendendo às reivindicações doutrinárias, enfim realizou a tão desejada regulamentação procedimental da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, orientando a sua efetivação sob a moldura de incidente processual. A inovação está consolidada nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, com a inserção do *incidente* dentre as espécies de intervenção de terceiros. Embora tal novidade não passe indene a críticas, a iniciativa do legislador processual é altamente louvável e representa passo histórico na consolidação de *nova fase* para a concretização da *disregard doctrine* no direito brasileiro.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A concepção, consagrada no pensamento jurídico mundial, atribuindo à pessoa jurídica o status de entidade dotada de personalidade autônoma e distinta de seus membros, representa uma das características mais marcantes do pensamento jurídico de nosso tempo. As vantagens da aceitação de outorga de personalidade jurídica a entes distintos das pessoas naturais são indiscutíveis, refletindo-se diretamente na ordem econômica e social, em especial quando a personificação vem acompanhada da tão cultuada limitação de responsabilidade.

O risco inerente à implantação e desenvolvimento de projetos empresariais encontra na limitação de responsabilidade um porto seguro, minimizando a sua intensidade e tornando factível o desempenho de atividades profissionais. O desenvolvimento econômico deve, em muito, a atuação destas figuras abstratas, capazes de viabilizar grandes concentrações de capitais, atuando como os principais agentes de mercado, assumindo a posição de principais fornecedoras da sociedade de consumo e de maiores empregadoras.

No entanto, à condição de sujeito de direito reconhecida a pessoa jurídica comumente é agregado o regime de limitação de responsabilidade, trazendo à tona a inevitável problemática resultante da possibilidade de sua utilização de forma abusiva, ou seja, desvirtuada dos fins que inspiraram a sua inserção no pensamento jurídico. Na busca de encon-

trar solução adequada a essa indesejada situação, o ativismo pretoriano desenvolveu a chamada *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, autorizando o julgador, quando da análise do caso concreto, a desprezar os efeitos da personificação, mormente em relação à limitação de responsabilidade e, conseqüentemente, atribuir às obrigações por dívidas, formalmente pertencentes à entidade, aos seus membros ou administradores. Valemo-nos, aqui, da conceituação formulada por Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, definindo que “a **disregard doctrine** consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes, alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico”¹.

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (em nosso país e também nos sistemas estrangeiros), nasceu fundada em fértil jurisprudência, de toda classe de tribunais, passando a representar um dos temas de maior destaque no cenário jurídico da atualidade.

A origem pretoriana da *disregard doctrine* lhe garantiu a efetividade necessária para a sua consolidação no cenário jurídico, mas trouxe, de outra banda, o risco da insegurança jurídica. O limite entre o respeito à autonomia da pessoa jurídica e as hipóteses em se mostra possível a sua desestimação não são claramente definidos, de forma que esta indefinição prévia encaminha o debate para a casuística. A análise tópica inviabiliza o alcance de adequada sistematização em relação aos requisitos autorizadores do *descortinamento* da personalidade jurídica.

Analisando a temática no seio do direito argentino, que compartilhou da experiência de construção jurisprudencial da *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, Leandro Javier Caputo expressou o sentimento de que a efetivação da doutrina da desconsideração nos tribunais repassava a impressão de que o seu uso correspondia mais ao *olfato do jurista* sobre o exercício abusivo de direitos do que a aplicação de critérios científicos².

Nos demais países a situação não é distinta. No sistema norteamericano, onde esta realidade é altamente sensível, foi desenvolvida

1 **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 85.

2 **Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. XIV.

fértil e prolixa produção doutrinária visando a obtenção de sistematização das hipóteses autorizadoras do levantamento do véu societário, sempre levando em consideração as experiências jurisprudenciais anteriores, tomando como referência os precedentes consolidados no ativismo jurisprudencial. Nesta linha, a doutrina passou a sugerir a adoção da técnica de *test*, consistente em operação em que são cotejados os fatores previamente definidos como orientadores da efetivação da *disregard*, com as circunstâncias postas em análise no caso concreto que estiver *sub judice* no momento, propiciando a obtenção de conclusão sobre a ocorrência do abuso da personalidade jurídica. É clássica a proposta *piercing test* elaborada por D. H. Barber, que oferece amplo rol de hipóteses ensejadoras para a realização da *piercing the corporate veil*: (a) confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, (b) desvio de fundos da entidade para fins não corporativos, (c) descumprimento das formalidades necessárias para a subscrição de quotas ou ações da sociedade, (d) presença de um único sócio, (e) defeitos na escrituração constantes dos livros da entidade, (f) identidade de sócios entre duas sociedades, (g) identidade de diretores ou gestores em sociedades, (h) infracapitalização ou capitalização inadequada em relação aos riscos da atividade empresarial, (i) ausência de separação de ativos entre sociedades, (j) uso da pessoa jurídica como mera fachada para encobrir iniciativas particulares de seus membros, (l) concentração de todas as quotas ou ações e poder de um único sócio, ou de uma mesma entidade familiar, (m) utilização do mesmo local para sediar a entidade e os negócios de seu único sócio, (n) emprego dos mesmos trabalhadores ou gestores pela sociedade e seu único sócio, (o) dissimulação da identidade, gestão ou interesses financeiros da sociedade e das atividades mercantis de seus sócios, (p) não observância das formalidades legais ou o distanciamento devido da distância entre sociedades relacionadas, (q) utilização da sociedade para fornecer trabalho, prestar serviços ou mercadorias a outra pessoa ou entidade, (r) distribuição de bens e de fundos da sociedade para sócio em fraude a credores, ou manipulação de ativos e passivos entre sociedades com o intuito de concentrar os ativos em uma e os passivos em outra, (s) uso da sociedade como subterfúgio para a prática de transações ilegais, e (t) constituição e uso da corporação para assumir obrigações pertencentes a outra pessoa ou entidade³.

³ "Piercing the corporate veil", *Willamette Law Review*, p. 374-375. Nas exatas palavras do autor: (1) *commingling of funds and other assets of the Corporation with those of the individual shareholders (Corporation XYZ holds no separate bank account but deposits the receipts from its business transactions in the personal account of A, its sole*

No cenário nacional, mesmo contando com a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na cláusula geral do art. 50 da Codificação Civil, esta fase de insegurança não foi integralmente vencida com a positivação da teoria da desconsideração, pois, como será analisado a seguir, passamos a ter no direito positivo nacional uma série de previsões sobre o tema, mas que não guardam perfeita sintonia entre si.

3. A ORIGEM ANGLO-SAXÃ DA TEORIA DA *PIERCING THE CORPORATE VEIL*

A formulação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve início no ventre da jurisprudência da *common law*, em decisões que datam do século XIX, quando ficou conhecida como *disregard doctrine*, *piercing the corporate veil*⁴, *lifting the corporate veil* ou *cracking open the corporate shell*.

Há clássica controvérsia doutrinária sobre o verdadeiro *leading case* pioneiro no tema, polarizando-se entre o caso *Bank of United States v. Deveaux*, julgado em 1807, no sistema norte-americano, e o caso *Salomon v. Salomon Co. Ltd.*, do direito inglês, datado de 1897.

shareholder); (2) *diversion of the corporation's funds or assets to noncorporate uses (to the personal uses of the corporation's shareholders)*; (3) *failure to maintain the corporate formalities necessary for the issuance or subscription to the corporation's stock, such as formal approval of the stock issue by an independent board of directors*; (4) *an individual shareholder representing to persons outside the corporation that he or she is personally liable for the debts or other obligations of the corporation*; (5) *failure to maintain corporate minutes or adequate corporate records*; (6) *identical equitable ownership in two entities (Corporation A is owned by the same shareholders and in the same proportions as Corporation B)*; (7) *identity of the directors and officers of two entities who are responsible for supervision and management (a partnership or sole proprietorship and a corporation owned and managed by the same parties)*; (8) *failure to adequately capitalize a corporation for the reasonable risks of the corporate undertaking*; (9) *absence of separately held corporate assets*; (10) *use of a corporation as a mere shell or conduit to operate a single venture or some particular aspect of the business of an individual or another corporation*; (11) *sole ownership of all the stock by one individual or members of a single family*; (12) *use of the same office or business location by the Corporation and its individual shareholder(s)*; (13) *employment of the same employees or attorney by the corporation and its shareholder(s)*; (14) *concealment or misrepresentation of the identity of the ownership, management, or financial interests in the corporation, and concealment of personal business activities of the shareholders (sole shareholders do not reveal the association with a corporation, which makes loans to them without adequate security)*; (15) *disregard of legal formalities and failure to maintain proper arm's length relationships among related entities*; (16) *use of a corporate entity as a conduit to procure labor, services, or merchandise for another person or entity*; (17) *diversion of corporate assets from the corporation by or to a stockholder or other person or entity to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities to concentrate the assets in one and the liabilities in another*; (18) *contracting by the corporation with another person with the intent to avoid the risk of nonperformance by use of the corporate entity, or the use of a corporation as a subterfuge for illegal transactions*; (19) *the formation and use of the corporation to assume the existing liabilities of another person or entity*.

4 O pioneirismo na utilização da expressão *piercing the corporate veil* é atribuído a I. Maurice Wormser, que a utilizou em estudo publicado na *Columbia Law Review*, em 1912 ("*Piercing the veil of the corporate entity*"). Posteriormente, em 1927, o jurista publicou a clássica obra *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, que conta com edição fac-símile, publicada em 2000, pela editora Beardbooks.

O caso *Bank of the United States v. Deveaux* foi julgado pelo célebre Juiz Marshall, na Suprema Corte norte-americana. A discussão processual foi centralizada no âmbito da definição da competência jurisdicional para o seu julgamento. Até então esse Tribunal tinha se manifestado no sentido de que a *corporation*, como reunião de várias pessoas, é invisível, imortal e sua existência somente ocorre em virtude de seu reconhecimento pelo sistema jurídico. Nessa linha de raciocínio, uma *corporation* – intangível e invisível – não poderia ser considerada como cidadã de determinado Estado Federado. A Constituição Federal norte-americana, em seu artigo 3º, seção 2ª, sem embargo, limita a jurisdição dos tribunais federais deste país às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados. Entretanto, no caso assinalado o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as *corporations*, conheceu da causa, considerando a condição das pessoas individuais que compunham a entidade. Assim, manifestou-se aquela Corte Suprema no sentido de que se deve levar em conta a cidadania estadual dos indivíduos que compõem a sociedade. Não há como se deixar de reconhecer, nesse *case*, um importante precedente no sentido de levar em consideração não apenas a estrutura formal das pessoas jurídicas, sendo imperativo, em certas situações específicas, buscar a efetiva realidade que se esconde sob o seu manto protetor.

No âmbito da doutrina jurídica norte-americana, porém, a doutrina da *piercing the corporate veil* ganhou fôlego somente nas primeiras décadas do século passado, incentivada, em especial, pelos trabalhos pioneiros de I. Maurice Wormser, passando a contar, rapidamente, com numerosa literatura jurídica, que não tardou a ser transposta para a seara dos tribunais⁵.

No entanto, para muitos, o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi fixado por meio do famoso caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado no Direito Inglês em 1897, e, portanto, mais

5 Em interessante estudo, datado da década de noventa do século passado, Robert B. Thompson realizou pesquisa de campo, da qual extraiu uma série de dados demonstradora da aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica nos diversos tribunais estaduais norte-americanos. Nesse estudo, o jurista indica o percentual de decisões favoráveis nas diversas cortes estaduais (v.g. no estado de Nova York, a aplicação da desconsideração foi acolhida em 34,91% dos casos em que foi postulado o seu reconhecimento, na Califórnia, em 44.94% e, na Flórida, em 41,30% dos casos), e indica a aceitação dos fatores mais alegados como motivo justificador para a efetivação da desestimação da personalidade societária (v. g. a *instrumentality* foi alegada em 75 casos, sendo aceita em 73 deles, o que representa 97.33 %, a *alter ego* alegada em 181 casos, e acolhida em 173, num percentual de 95.58%, a *misrepresentation*, alegada em 169 casos, e acolhida em 159, num percentual de 94.08%, a *agency*, alegada em 52 casos, e acolhida em 48, num percentual de 92.31%, a *dummy*, alegada em 78 casos, e acolhida em 70, num percentual de 89.74%, e a *undercapitalization* foi alegada em 120 casos, e acolhida em 88, num percentual de 73.33%) – "*Piercing the corporate veil: a empirical study*", **Cornell Law Review**, v. 76, jul/1991, p. 1036-1073.

de meio século depois do caso *Bank of United States v. Deveaux*. Nesse caso, Aaron Salomom, que havia se dedicado durante alguns anos a atividade de tratamento de peles e a manufatura de botas, decidiu constituir uma sociedade que adquirisse o seu negócio. Essa sociedade era formada pelo próprio Aaron Salomom e por outros seis membros de sua família, com a subscrição de 20.000 ações, atribuindo-se apenas uma ação para cada um dos seus outros seis sócios e mantendo-se as demais em poder de seu fundador. Após a constituição da sociedade, o estabelecimento de Aaron Salomon foi repassado a esta, através do comprometimento de pagamento no valor de trinta e oito mil libras. O negócio prosperou e quando a sociedade foi liquidada, um ano após, seu passivo excedia o ativo em sete mil setecentos e trinta e três libras. O liquidante, representando os credores não privilegiados da sociedade, alegou que esta nada mais era do que uma ficção destinada a limitar as dívidas de seu sócio majoritário, de forma que este deveria ser obrigado a satisfazer as dívidas da sociedade e seu crédito deveria ser preterido em relação aos demais credores sociais. O juiz de primeiro grau e a Corte de Apelação desconsideraram a personalidade jurídica dessa Companhia, considerando-a uma extensão da atividade individual de seu sócio controlador, ou seja, uma *agent* ou *trustee* de Aaron Salomon, o qual continuava a ser o proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade. Carmem Boldó Roda, ao tecer comentários a essa decisão, refere que o juiz Vangham Williams, que realizou o julgamento de primeiro grau, valeu-se da seguinte argumentação: “*parece sin embargo que cuando uno considera el hecho de que esos accionistas eran meros testaferros de Mr. Salomon, que éste obtuvo la totalidad de las ganancias y que su intención fue obtener lucro sin correr el riesgo de deudas y gastos, uno debe considerar también la posición de los acreedores no privilegiados cuyos créditos ascienden a 11.000 libras. Como he señalado, la sociedad era un mero testaferro de Mr. Salomon y así deseo, si puedo, fallar en este caso exactamente sobre las mismas bases que lo haría si el testaferro, en lugar de ser una sociedad hubiese sido algún sirviente o agente al cual Mr. Salomon dio a entender vender su negocio*”⁶. O Tribunal de segundo grau chegou à mesma conclusão, mas utilizou-se de argumento diverso, sustentando que os *Companies Acts* buscam conferir o privilégio da responsabilidade limitada somente aos verdadeiros acionistas que realmente contribuíram para a

⁶ Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, 2ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 115.

formação do capital da empresa e não a quem é, na realidade, o único proprietário do negócio e que apenas cumpriu formalmente com os requisitos constitutivos da sociedade.

Desse julgamento destacam-se as atuações dos juízes Lopes e Lindley: o primeiro argumentou que *“nunca se trato de que para que se constituyese una sociedad bastasse una persona sustancial y varios testafierros (dummies) de dicha persona, sin ningún interés real en la sociedad. La ley contemplaba la fundación por siete miembros independientes y de buena fe con capacidad y voluntad por sí mismos, que no fueron unas meras marionetas de un individuo que, adoptando la maquinaria de la ley, llevase a cabo un negocio de la misma forma que antes, cuando era comerciante individual”*; e o segundo referiu: *“no iré tan lejos como para decir que los acreedores de la sociedad puedan demandarle (a Salomon). En mi opinión, éste sólo puede verse involucrado a través de la sociedad. Además la responsabilidad de Mr. Aaron Salomon de indemnizar a la sociedad en este caso es, desde mi punto de vista, la consecuencia legal de la formación de la sociedad para conseguir un resultado no permitido por la ley. La responsabilidad no surge simplemente del hecho de que detentase casi todas las acciones de la compañía (...) su responsabilidad descansa en el propósito para el que él constituyó la sociedad, la forma en que la constituyó y el uso que hizo de ella.*

Assim, embora o tribunal tivesse que reconhecer a constituição da companhia, condenou Aaron Salomon a contribuir para com o ativo da sociedade, de forma que os credores sociais pudessem ter satisfeitos os seus créditos. Então, o liquidante arrecadou bens pessoais do fundador da sociedade, Aaron Salomon. Mas, além de ser posterior ao *leading case* da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, essa decisão não se manteve, sendo reformada pela *House of Lords*, que entendeu ser a Companhia validamente constituída e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca. Esse tribunal considerou o propósito de Aaron Salomon ao criar a sociedade ou a forma como esta foi constituída (razões propostas pelo Tribunal de Apelação), mas não a possibilidade de a sociedade ser tratada como um *agente* de seu sócio majoritário (tese do julgador de primeiro grau).

Na decisão, Lord Halsbury argumentou: *“confieso que me parece que ese estudioso juez se ve envuelto en su argumento en una contradic-*

ção muy singular, tanto si la sociedad fuera persona jurídica como si no. Si lo fuera, el negocio le correspondería a ella y no a Salomon. Si no, no habría ni persona ni agente en absoluto". Lord Herchell, por sua vez, ressaltou que "en un sentido popular, la sociedad debe llevar a cabo el negocio para y a causa de los accionistas. Pero esto, ciertamente, no constituye, desde el punto de vista legal, la relación entre el principal y el agente, ni hace a los accionistas responsables de indemnizar a la sociedad por las deudas en las que ésta incurre". E, por fim, Lord MacNaughten observou: "la sociedad es para la ley una solución diferente de aquellos que firman el acta de constitución y aunque pudiera ser que después de la constitución el negocio sea exactamente el mismo que antes y las mismas personas sean los directivos, y reciban los beneficios las mismas manos, la sociedad ya no es, en Derecho, el agente de los socios fundadores, ni un testaferro de éstos. Los socios fundadores no son responsables bajo ningún concepto, salvo en la extensión y en la forma señalada en el Act".

O julgamento do caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* deu origem ao chamado *salomon principle*, que ainda hoje orienta decisões do sistema da *common law*⁷.

Note-se que no sistema jurídico inglês as decisões tomadas pela *House of Lords* constituem precedentes obrigatórios, que devem ser seguidos por todas as jurisdições, embora tal regra tenha se tornado mais flexível a partir do século passado⁸. Menezes Cordeiro, comparando o sistema anglo-saxão com o continental, aponta que: "*deve-se esclarecer-se que a personalidade colectiva tem, nos espaços jurídicos anglo-saxões, uma acutilância conceitual menor do que a apresentada no Continente. O levantamento é, neles, pois, relativamente mais fácil*"⁹.

No modelo da *civil law* a estruturação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuída à Rolf Serick, que sistematizou a doutrina no direito germânico por meio de tese defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953, publicada posteriormente sob o título **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**¹⁰, que foi acom-

7 Phillip Lipton informa que *since the 1970s, the approach of the English courts has been to see the Salomon principle as sacrosanct and so central to the structure and fabric of company law* ("The mythology of Salomon's case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective", **Monash University Law Review**, v. 40, n. 2, 2014, p. 480).

8 Victoria Iturralde Sesma, **El Precedente en el Common Law**, Madri: Civitas, 1995, p. 49 e seg.

9 **Responsabilidade civil dos administradores**, Coimbra: Almedina, 1997, p. 323.

10 **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**, tradução J. Puig Brutau, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. Fábio Ulhoa Coelho explica que Rolf Sérick sintetizou a sua formulação em quatro princípios: (a) "*o juiz, diante do*

panhada, na doutrina italiana, do estudo formulado por Piero Verrucoli, **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**¹¹.

4. A FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito nacional as primeiras notícias sobre a aplicação da teoria da desconsideração datam de 1955, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, fundado na existência de confusão patrimonial entre sócio e sociedade, afastou o dogma da separação de esferas econômicas entre a entidade e seus membros, responsabilizando o sócio de sociedade dedicada ao ramo empresarial que se valeu da personalidade da entidade para adquirir bens de uso doméstico¹².

No âmbito acadêmico nacional, o pioneirismo no estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuído ao jurista Rubens Requião, que, em 1969, proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a qual teve versão escrita publicada sob o título "Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)"¹³. A esse trabalho se sucederam dois estudos atualmente considerados clássicos na abordagem do assunto. Em 1976, Fábio Konder Comparato publicou a obra **Poder de controle na sociedade anônima**¹⁴ e, em 1979, Lamartine Corrêa de Oliveira editou ensaio intitulado **A dupla crise da pessoa jurídica**¹⁵.

Na seara legislativa, o pioneirismo na positivação do tema é atribuído à legislação consumerista, no que foi seguida de algumas leis especiais.

abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica"; (b) "não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos"; (c) "aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre a capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em consideração as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica"; (d) "se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para a aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes" - Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60.

11 **Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law**, Milano: Giuffrè, 1964.

12 Ap. civil nº 9.247, j. em nov/1955, RT v. 238, p. 393-395.

13 **Revista dos Tribunais**, v. 410, p. 12-24, dez/1969.

14 **Poder de controle na sociedade anônima**, São Paulo: RT, 1976. Esta obra conta com edição atualizada por Calixto Salomão Filho (**O poder de controle na sociedade anônima** 6ª ed., São Paulo: RT, 2014).

15 **A dupla crise da pessoa jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1979.

O Código de Defesa do Consumidor normatizou a teoria da desconsideração no artigo 28, dispondo: *“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”*. No § 5º desse dispositivo é autorizada a aplicação dessa teoria sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores¹⁶. Em 1994, a Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94, art. 18 – praticamente repetiu a previsão contida no *caput* do art. 28 da Legislação Consumerista, permitindo a aplicação da teoria da desconsideração na atividade de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica¹⁷. Atualmente, a referida norma encontra-se revogada, tendo sido sucedida pela Lei nº 12.529/2011, que mantém a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* com instrumento de sanção às práticas de infração à ordem econômica (Art. 34. *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*)¹⁸.

16 Fábio Ulhoa Coelho, em posicionamento minoritário, propõe interpretação restritiva a este dispositivo da lei consumerista, afirmando: *“deve-se entender o dispositivo em questão (CDC, art. 28, § 5º) como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário, por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade ou fornecimento (CDC, art. 56, V, Vi e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se ao seu cumprimento, constitui sociedade empresária para agir por meio dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente como forma de evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize”* – op. cit., p. 75.

17 Art. 18. *A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”*.

18 Fábio Ulhoa Coelho oferece didática exemplificação de hipótese ensejadora da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito da Concorrência e Infração à Ordem Econômica: *“suponhamos que, num determinado segmento de mercado, competem quatro sociedades anônimas, cada qual com a sua própria composição societária. Não há nenhum acionista de uma delas que possua qualquer participação no capital de outra. Imaginemos, então, que o controlador da empresa mais forte, Darcy, proponha aos controladores das concorrentes um acordo, mediante o qual ele passe a ter o direito de escolher seus administradores, e ofereça, em troca, a garantia de rentabilidade mínima da empresa. Quer dizer, se a sociedade não gerar pelo menos determinado patamar de dividendos, Darcy pagará a diferença. Feito o acordo, são escolhidos administradores diferentes para cada companhia. Não há, portanto, venda de ações, permanecendo o mesmo quadro de acionistas de todas as concorrentes. Nesse cenário, considerar as sociedades como pessoas jurídicas distintas, em obediência ao princípio da autonomia, importa identificar, no referido seguimento de mercado, mais de uma sociedade empresária em com-*

A *disregard doctrine* também foi positivada no regramento sobre a responsabilidade ambiental (Lei nº 9.605/95), que, em seu art. 4º, prevê: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Finalmente, a Codificação Civil de 2002 trouxe a cláusula geral da teoria da desconsideração para o direito privado nacional, em seu artigo 50 (“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”)¹⁹. Mais recentemente, a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) normatizou a desconsideração na seara administrativa, ou seja, independentemente de decisão judicial, prevendo em seu artigo 14 que “A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Em todas essas disposições, que positivaram a *disregard of the legal entity*, sempre foi preservada a noção de que tal disciplina não visa atingir a extinção da pessoa jurídica, representando, portanto, hipótese de ineficácia episódica do fenômeno da personificação, afastando, tão somente para o caso concreto, as consequências da separação patrimonial, estendendo a responsabilidade por determinados atos aos sócios ou administradores da pessoa jurídica, atingindo, assim, o patrimônio pessoal destes²⁰.

petição. Quer dizer, se há quatro concorrentes, descabe cogitar monopólio. Contudo, é inegável que Darcy, por meio do acordo com os controladores, domina o mercado, podendo, por exemplo, determinar aos administradores que indicou para cada companhia a majoração concertada dos preços, sem riscos da clientela” – op. cit., p. 58.

19 Em relação à análise do art. 50 do Código Civil remetemos o leitor ao nosso estudo “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil”, **Revista de Direito Privado**, nº 10, 2002, p. 69-85.

20 Neste sentido lecionou Rubens Requião (“a *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos” – op. cit. p. 14), no que foi seguido por Fábio Konder Comparato (“importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva distinta da pessoa de seus sócios ou componentes. Mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto”, op. cit. p. 283).

4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na codificação civil

O art. 50 do Código Civil oferece previsão normativa que representa a cláusula geral sobre o tema da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em nosso sistema jurídico, o que representou, na época de sua inserção em nosso ordenamento positivo, a aurora de novo estágio de seu itinerário.

O texto mantém-se apegado à utilização excepcional da teoria, submetendo-a ao prudente critério do Judiciário. O fenômeno da desconsideração é inserido no plano da eficácia, seguindo o entendimento da melhor doutrina sobre a questão, e há extensão da responsabilidade não somente aos sócios, mas também aos administradores da sociedade.

A codificação civil, ao fixar as balizas de orientação para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito privado, como sanção adequada para punir os casos de abuso da pessoa jurídica, se valeu da técnica da cláusula geral, vinculando-a à presença de fundamentos expressos em conceitos jurídicos indeterminados, que são o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. Nesse compasso, passamos, então, à análise dessas hipóteses.

4.1.1. O desvio de finalidade

O codificador civilista, ao se referir ao *desvio de finalidade* como motivo ensejador do reconhecimento da utilização abusiva da pessoa jurídica, deixou consignada a sua preocupação no sentido de que a pessoa jurídica se mantenha vinculada ao escopo que levou o ordenamento jurídico a lhe atribuir personalidade jurídica. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, nessa linha, aponta a existência de discricionariedade do juiz na aplicação da *disregard doctrine*, explicando que isso “*implica o dever de adotar a melhor solução para que se alcance a finalidade da lei, sendo certo que a pessoa jurídica, como ente distinto dos sócios que a compõem, evidentemente não foi criada com o intuito de permitir que fraudes e simulações alcancem seus objetivos, nem, tampouco, para que se atinjam fins contrários aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico*”²¹.

21 *Op. cit.*, p. 134. A autora complementa, explicando: “*por todas estas razões, cabe ao julgador, no exame do caso concreto, indagar, perquirir as atividades empresariais, bem como a forma e a atuação das empresas, a fim de que, ainda na fase de conhecimento, possa investigar a utilização da pessoa jurídica com finalidades contrárias àquelas para as quais foi criada pelo ordenamento*”.

Os atos e negócios jurídicos encontram a sua justificação, ou seja, sua razão de existência em uma espécie de *causa-fim*, explicada por Francesco Messineo como a função ou finalidade socioeconômica a ser cumprida e que o ordenamento jurídico considera relevante para alcançar os seus objetivos²². Não é diversa a condição da pessoa jurídica, pois, como explica Leandro Javier Caputo, *“puede sustentarse que la causa-fim, desde el punto objetivo, es la constitución de una persona jurídica a través de cuya actuación se obtendrán utilidades, soportando el riesgo o las pérdidas, siendo la causa subjetiva o intención de las partes, el cumplimiento del objeto social”*²³.

A postura legislativa propõe clara vinculação da *disregard doctrine* com a figura do abuso de direito, na própria dicção normativa consignada no art. 187 da codificação civilista, ao dispor: *“También comete ato ilícito o titular de un derecho que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. Nas palavras de Alexandre Couto Silva, *“o ato abusivo é o mau uso do direito, é um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica”*²⁴. Na mesma direção é a lição encontrada na doutrina jurídica lusitana, na qual António Menezes Cordeiro é enfático ao afirmar que *“o abuso do instituto da personalidade colectiva é uma situação de abuso de direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através duma pessoa colectiva”*²⁵.

O exercício da atividade econômica da pessoa jurídica somente se mostra legítimo enquanto vinculado à finalidade que justifica a sua existência como entidade dotada de autonomia econômica e jurídica.

4.1.2. A confusão patrimonial

O Código Civil arrola também como motivo suficiente para justificar a aplicação da teoria da desconsideração as situações de confusão patrimonial, seguindo na esteira da doutrina estrangeira e atendendo a an-

22 **Doctrina general del contrato**, Buenos Aires, El Foro, 1986, p. 110.

23 **Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria**, Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 95. Na mesma linha é a lição de Joaquín Garrigues, ao afirmar: *“la causa del contrato de sociedad está en la consecución del fin común, es decir, en el ejercicio en común de una actividad económica que da lugar a una ganancia que más tarde ha de dividirse”* (**Curso de Derecho Mercantil**, Tomo II, Bogotá: Editorial Themis, 1987, p. 34)

24 **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 82.

25 **O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial**, Coimbra: Almedina, 2000, p. 123.

seios de doutrinadores pátrios, o que acabou exercendo forte influências nas decisões jurisprudenciais de nossos tribunais.

De acordo com Menezes Cordeiro, a confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou os dos sócios²⁶.

O direito positivado estabelece uma separação específica entre o patrimônio da entidade personificada e os bens pessoais de cada um de seus membros. Tal limitação é estabelecida, inequivocamente, em benefício dos sócios, aos quais cabe concretizar essa separação formal, tornando-a e mantendo-a efetiva. Ocorre que, em certas situações, os sócios não dão importância à delimitação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio societário.

Nesse contexto, devem ser distinguidas duas situações, ou seja, a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais.

A primeira hipótese tem se mostrado mais comum nos grupos econômicos, em que a mistura de sujeitos de responsabilidade é verificada quando houver a identidade dos membros da administração ou gestão de duas ou mais pessoas jurídicas, quando houver desrespeito às formalidades societárias ou, ainda, pela utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades de responsabilidade, com firmas e ramos de atuação assemelhados, o que pode vir em prejuízo dos credores sociais²⁷. Na doutrina estrangeira, Karsten Schmidt explica que aquele que desejar assegurar a autonomia patrimonial dos sujeitos e a consequente limitação de responsabilidade, não deve utilizar-se apenas de adequado complemento à denominação social, mas também manter a possibilidade de distinção de identidade dos sujeitos de responsabilidade.

Na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa. Tal situação pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não serem suficientemente diferencia-

²⁶ **Responsabilidade civil dos administradores**, p. 324.

²⁷ *Apud* Pedro Cordeiro, **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais**, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 103.

dos. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais, a sua propriedade sobre objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade²⁸. O jurista argentino Daniel E. Moeremans, ao indicar a confusão patrimonial como um dos casos de aplicação da teoria da desconsideração, pondera: “*Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que tiene su base en el principio de división de patrimonios, cuando los mismos respectan dicha división*”²⁹.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada também quando ocorre a chamada condução externa, ou seja, situações em que a empresa é controlada por outra. Fábio Konder Comparato aponta a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada como critério fundamental para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que ele chama de *externa corporis*, explicando que, sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes teriam de respeitá-lo, transformando-o numa regra puramente unilateral³⁰.

28 Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao tratar das hipóteses em que o princípio da limitação de responsabilidade dos sócios deve ser mitigado, contempla argumentos referentes à desconsideração da personalidade jurídica em casos de confusão patrimonial, mencionando que na “determinação de casos não se há, necessariamente, de inferir que não incoorra em responsabilidade em situações outras, posto que não expressamente contempladas na lei, máxime quando venha a auferir proveito dos atos praticados pela sociedade, cuja atuação é moldada a este fim, guiada pela sua vontade, usando-a para a consecução de objetivos individuais, com ela se identificando, de tal a ser por ele nominada, confundindo-se os patrimônios, promíscuos os negócios sociais e dele, o sócio. Em situações tais, se se revela insuficiente o patrimônio da sociedade a responder por obrigações contraídas no evidente interesse do sócio que a controla e dirige soberanamente, de tal sorte que, inadimplidas, impliquem injusto e intolerado prejuízo a credores, que levaram em conta, de boa-fé, ao vincularem-se, a pessoa e bens do sócio que surgia como o senhor, beneficiário e garante do negócio, hão aqueles de poder dirigir-se contra os bens do sócio, *ut singuli*, independente da forma societária e, nas sociedades de quotas de responsabilidade limitada, a despeito da integralização da respectiva participação social” - grifamos (“Desconsideração da personalidade jurídica”. **O direito**. 1990. v. 1, p. 8).

29 “*Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del ‘Disregard of the Legal Entity’*”. **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, v. 22, n. 131, out/1989, p. 720. O autor refere que “*cuando el patrimonio de los socios no puede ser distinguido del patrimonio de la sociedad, se habla de una confusión de patrimonios (Vermögensvermengung). Cuando, en cambio, la división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente, se habla de confusión de esfera (Sphärenvermischung). Este último caso se presenta cuando, por ej., el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y, por lo tanto, no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso, no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales, o afirmar este carácter cuando aparecen como bienes privados*”. Entendemos despidiendo esta diferenciação apresentada pelo autor, pois, em ambas as situações identificadas - confusão de patrimônios e confusão de esferas -, poderá haver a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do ente societário e não poderão os sócios valer-se da oposição do dogma da separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e os de seus membros.

30 **O poder de controle na sociedade anônima**, 6ª ed., atualizada por Calixto Salomão Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 450. Este autor informa que outro critério utilizado na Europa e nos Estados Unidos, para desconsiderar a

Cabe anotar que a ocorrência de certa confusão patrimonial entre as empresas do mesmo grupo econômico é praticamente inevitável e irá ocorrer em maior ou menor grau, pois está ínsita no próprio sentido da atuação econômica conjunta³¹. Na lição expressada por João Pedro Scalzilli, “no grupo econômico de subordinação, as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial em função da persecução do interesse geral do grupo”, acrescentando: “essa perda de autonomia de gestão tende quase que inexoravelmente por se traduzir em perda de autonomia patrimonial, haja vista que os patrimônios sociais tendem a se confundir”³². Assim, existirá permanentemente uma tensão que caracterizará esta questão no sentido de estimular ou não a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no grupo econômico, que terá de ser solucionada, em cada caso concreto, pelo julgador. No sistema brasileiro, as empresas componentes do mesmo grupo não possuem, como regra geral, responsabilidade solidária pelos débitos assumidos pelas demais empresas do grupo, de forma que essa tensão se torna ainda mais latente.

4.2. A teoria maior e teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica

O mosaico referente à normatização da doutrina da desconsideração propiciou a consolidação de duas teorias propostas por Fábio Ulhoa Coelho para sistematização do tema³³. Na visão deste autor há duas possibilidades de efetivação da *disregard doctrine*, chamadas de *teoria maior e menor*.

autonomia da pessoa jurídica de sociedades componentes de um grupo econômico, é o da confusão aparente de personalidades. O autor explica que “*não apenas a confusão interna - isto é, quando os administradores são comuns, as assembleias gerais reúnem-se no mesmo local e, praticamente, no mesmo horário; as empresas possuem departamentos unificados e os empregados recebem ordens, indistintamente, de várias administrações, não sabendo ao certo para quem trabalham - mas também a confusão externa, ou seja, a sua apresentação perante terceiros*”. O autor cita como exemplo uma decisão da Corte de Cassação Francesa, de 1929, em que foi reconhecida a confusão patrimonial, com a consequente extensão da responsabilidade pelos débitos de uma sociedade a outra, considerando o fato de as duas sociedades possuírem razões sociais praticamente idênticas, a mesma sede social, mesmas sucursais, mesmo número de telefone e mesma assinatura em sua correspondência” (p. 497-498).

31 Fábio Konder Comparato explica que “*o interesse individual de uma sociedade é sempre subordinado ao interesse geral do complexo de empresas agrupadas. Com isso, são praticamente inevitáveis as transferências de um ativo de uma sociedade à outra, ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas. O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal ou abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da norma jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo*” (op. cit., p. 499).

32 **Confusão patrimonial no direito societário**, São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 144.

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

Curiosamente, a referência à teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica foi, posteriormente, abandonada pelo próprio jurista Fábio Ulhoa Coelho, responsável pela sua formulação e divulgação no âmbito acadêmico, o qual chegou a consignar: “em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria de desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de ‘teoria menor’, reservando à correta a expressão ‘teoria maior’. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de ‘maior’ e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados”³⁴. Porém, tal formulação parece ter alçado vida própria, e continua sendo corrente tanto em nível doutrinário como pretoriano.

A primeira espécie de concepção sobre a aplicação da *disregard doctrine* não se contenta com a mera insolvência patrimonial da pessoa jurídica para que se busque a responsabilidade pessoal dos seus membros ou administradores, impondo também a necessidade de existência de abuso na utilização da entidade personificada. A sua incidência é verificada na aplicação das disposições constantes do art. 50 do CC, 28, *caput*, do CDC, e da legislação antitruste. A *teoria menor*, por sua vez, autoriza o levantamento do véu que encobre a entidade pela mera verificação de insolvência da pessoa jurídica que vier a ocasionar prejuízos à realização dos direitos dos credores. Nessa modalidade a análise da ocorrência de conduta abusiva na utilização do ente personificado é despicienda. Essa versão é efetivada na aplicação da previsão constante do § 5º do art. 28 do CDC e do regramento sobre de responsabilidade ambiental. Em relação a essa última, Alexandre Freitas Câmara explica pontualmente que “nos processos que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental a que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial do sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, fraude, má-fé

34 **Curso de Direito Comercial:** Direito de Empresa, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70. Na mesma linha, Alexandre Couto Silva argumenta: “entretanto, deve-se entender que tal distinção não parece ser a mais adequada, pois a teoria menor, menos elaborada, amplia os casos em que caberia a desconsideração da personalidade jurídica para o simples prejuízo do credor, o que na verdade, acabaria por destruir o instituto da pessoa jurídica. A teoria menor, desta forma, não pode ser aplicada indiscriminadamente em detrimento ao instituto da pessoa jurídica, devendo ser rejeitada pelos doutrinadores e pelo judiciário. De outro lado, a teoria maior (mais elaborada) corresponde ao verdadeiro objetivo da criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao se fundamentar na existência da fraude ou do abuso de direito para que se possa atingir a personalidade jurídica dos sócios” (op. cit., p. 139).

ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor”³⁵.

A autonomia e, por conseguinte, o convívio dessas teorias sobre a aplicação da *disregard doctrine* em nosso sistema jurídico foi ratificada tanto nas Jornadas de Direito Civil quando nas Jornadas de Direito Comercial. Na primeira, o enunciado nº 51 conclui que: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – **disregard doctrine** – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. Na Jornada da disciplina mercantil foi publicado o enunciado nº 9, dispondo: Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código

35 **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 427. O *SJT* já teve oportunidade de manifestar simpatia à existência sobre estas duas formas de compreensão sobre a aplicação da **disregard doctrine** em diversas ocasiões, dentre as quais pode ser colocada em destaque aresto bastante conhecido proferido no julgamento sobre a responsabilidade decorrente de explosão ocorrida em Shopping Center na cidade de Osasco-SP, assim ementado: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da Ordem Econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se aqui, para além da prova da insolvência, ou a demonstração do desvio de finalidade (teria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência deste dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no **caput** do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos não conhecidos” – STJ, REsp 279.273/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Dje. 29.03.2004. Mais recentemente, mantendo-se vinculado à teoria menor aplicável ao direito do consumidor: “Agravo regimental no recurso especial. Ação de indenização por ato ilícito. Inscrição indevida. Dano moral. Cumprimento de sentença. Insolvência da pessoa jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Precedentes do STJ. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial. Insurgência. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária – acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor – bastando, para tanto, a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, é o suficiente para se ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica da sociedade empresária Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Dje de 20/11/2000. 2. “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da **disregard doctrine**, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Dje 12/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido – 4ª T., AgRgREsp 1106072/MS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 02/09/2014.

*Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT*³⁶.

5. A PROCESSUALIZAÇÃO DA *DISREGARD DOCTRINE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a experimentar um novo capítulo de sua trajetória no cenário do direito nacional.

No esquadro oportunizado pelo sistema jurídico instaurado pela nova codificação processual, haverá duas maneiras de levar a juízo o debate sobre a presença dos requisitos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração: o pedido originário e o incidental³⁷.

A inovação é de extrema importância e representa verdadeira dobra histórica no percurso que vem sendo trilhado pela *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* no âmbito do direito interno. Com essa atitude, o legislador processual preenche lamentável lacuna que vinha acompanhando as discussões sobre a forma adequada de tratar processualmente a prática de atos de abuso da personalidade jurídica e suas consequências.

O tema será enfrentado de maneira *originária* quando o pedido de aplicação da *disregard of the legal entity* já é apresentado no momento

36 Há uma série de outros enunciados nas Jornadas de Direito Civil destinados ao tema *da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Vejamos: enunciado nº 7 – art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido; enunciado nº 146 – art. 50: *Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)*; enunciado nº 281 – art. 50: *A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica*; enunciado nº 282 – art. 50: *O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 283 – 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*; enunciado nº 284 – art. 50: *As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica*; enunciado nº 285 – art. 50: *A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor*.

37 De forma bastante peculiar Fredie Didier Jr. aponta a existência de uma terceira via para a provocação do debate judicial visando à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, lecionado que “*é possível formular pedido autônomo de desconsideração da personalidade jurídica, sem que seja cumulado com nenhum outro*”, explicando: “*neste caso, o autor propõe a demanda originariamente contra aquele a quem imputa a prática de uso abusivo da personalidade jurídica e em cujo patrimônio pretende buscar a responsabilidade patrimonial – não haverá litisconsórcio nem cumulação de pedidos*” (**Curso de Direito Processual Civil**. V. 1, 17ª ed., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 520). Seguimos pensamento diverso, acreditando que não se mostra viável em nossa sistemática processual a existência de “*demanda autônoma de desconsideração*”.

da propositura da demanda, proporcionando litisconsórcio passivo³⁸ desde o começo do processo³⁹. Nessa hipótese o sócio ou administrador (ou eventualmente a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) fazem parte do processo desde o seu início, sendo citados para apresentar defesa, e o julgador decidirá tanto sobre a adequação da sua responsabilização quanto sobre o mérito da lide, ou seja, o objeto da demanda. A decisão sobre a desconsideração poderá ocorrer durante o curso do processo, na forma de interlocutória, ou vir inserida no corpo da sentença, ao final do feito.

A alegação poderá advir, também, por meio de incidente processual, colocado na nova codificação como espécie de intervenção de terceiros, disciplinada nos artigos 133 a 137⁴⁰, na condição de técnica de ingresso *forçado* no processo, com aptidão para produzir eventual litisconsórcio passivo posterior, numa ampliação subjetiva da demanda⁴¹.

38 Esta é a orientação adotada pelo Fórum Permanente de Processo Civil, em seu enunciado nº 125, *in verbis*: "Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo".

39 De forma didática Elpidio Donizetti explica: "se o requerimento se der na petição inicial, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para contestar o pedido principal e aquele referente à desconsideração. Por exemplo: A propõe demanda em face de B Ltda., para cobrar determinada quantia. Na petição inicial, A requer, ainda, a desconsideração da pessoa jurídica B Ltda. Ao despachar a inicial, o juiz determina a citação de B Ltda. para, se quiser, contestar o crédito, bem como a citação do sócio de B Ltda. Para se manifestar sobre o pedido de desconsideração. Como se tratam de responsabilidades com fundamentos distintos, a pessoa jurídica e o sócio serão necessariamente citados" – **Novo Código de Processo Civil comentado**, São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

40 *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º. O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.*

41 Comentando sobre a opção da nova codificação processual, no sentido de inserção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de intervenção de terceiro, Luis Alberto Reichelt anota: "o fato é que, sob o pálio do incidente em questão, o sujeito cujo patrimônio se pretende seja responsabilizado mediante a desconsideração da personalidade jurídica é 'terceiro' quando do início do debate processual. Não é ele autor, pois não é o responsável pelo pleito de tutela jurisdicional, nem é réu, dado que não é em face dele que a tutela jurisdicional foi originariamente solicitada. Com o seu ingresso na relação processual, aquele que originariamente era um terceiro passa a assumir a condição de parte, formando com o réu original um litisconsórcio passivo facultativo unitário" – "A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor", **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar-abr, 2015, p. 249.

Tal inovação oferece uma série de vantagens, na medida em permite o debate e a eventual efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no próprio procedimento, tornando despicienda a instauração de demanda autônoma ou evitando que sejam negligenciados os postulados que balizam o ideal de realização do *processo justo*.

Até então não havia uniformidade de entendimento sobre a *processualização da teoria da desconsideração*, mormente em relação a sua ocorrência durante o processo. Não eram poucos os casos em que os tribunais acolhiam a possibilidade de ampliação da *disregard doctrine* acontecer do curso da demanda, mas desprezando a necessidade de se atender a maiores formalidades prévias, optando por permitir o contraditório diferido, ou seja, postergado para momento posterior ao ato de aplicação do polo passivo. A citação prévia daqueles que seriam atingidos pela ampliação da responsabilidade acabava sendo dispensada, o que colocava em risco a efetivação do ideal de um processo justo, eis que conforme o ditame constitucional, ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal. Analisando tal postura dos tribunais, Alexandre Freitas Câmara não poupou críticas a essa técnica procedimental equivocada, argumentando que essa prática *“contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial”*, explicando: *“ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica”*⁴².

Por outro lado, não são poucos os precedentes jurisprudenciais em que se verifica a preocupação com o contraditório prévio, como requisito indispensável para a decisão sobre a aplicação incidental da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Daniel Amorim Assumpção Neves, ao apreciar essa inovação procedimental, lembra que a opção já se fazia presente em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que se fundava nos princípios da celeridade e da economia processual, esclarecendo: *“exigir um processo de conhecimento para se chegar à des-*

42 Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 425-27.

consideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou na falência”, concluindo assim que “tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica”⁴³.

A novidade da normatização do incidente de desconsideração traz à tona o debate sobre a possibilidade desta ampliação de responsabilidade patrimonial vir a ser efetivada de ofício pelo julgador, sem a necessidade, portanto, de provocação da parte interessada (ou do Ministério Público). Neste aspecto, o *caput* do artigo 133 da nova codificação processual é ratificado pela previsão contida no art. 795, § 4º, dispondo que “*Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código*”.

Num primeiro momento, parece bastante sedutora a adoção de raciocínio mais simplista, apegado à estrita dicção legislativa, levando à conclusão de que a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica dependeria, sempre, da postulação da parte, conforme perfilhado no texto da lei. Nessa trilha, seguem Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, defendendo que “*segundo o CPC 133, o juiz só analisará a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica caso a parte interessada ou o MP requerer a providência. Não pode, pois, aplicar a desconsideração ex officio*”⁴⁴.

Acreditamos que a questão deve ser focada com base na natureza do direito material envolvido na lide, o que nos afasta da aceitação de uma única solução, planificada para todas as matérias, independentemente do objeto envolvido na demanda.

Tomemos como exemplo o direito do consumidor, qualificado por uma série de aspectos especiais que permitem que seja visualizado como disciplina de natureza indisponível, de modo a permitir a sua aplicação de ofício pelo julgador. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, eleva a defesa do consumidor à condição de Direito Fundamental; e no art. 179, V, coloca a matéria como princípio orientador da Ordem Econômica. No interior da legislação consumerista central, há a indicação do Código de

43 **Novo Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Método, 2015, p. 142.

44 **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: RT, 2015, p. 571. No mesmo sentido é a lição de Fredie Didier Jr. (*op. cit.*, p. 520).

Defesa do Consumidor representar norma *de ordem pública e interesse social* (art. 1º). Na oportunidade em que a legislação consumerista regula a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), há indicação expressa no sentido de que “*o juiz poderá aplicar a teoria*”. De tudo, há que se concluir que na efetivação da desconsideração da personalidade jurídica nas demandas fundadas na defesa dos direitos do consumidor o juiz poderá instaurar *ex officio* o incidente de desconsideração, tornado despicienda a necessidade de postulação do interessado ou do representante do Ministério Público⁴⁵. Seguindo-se a lição de Luis Alberto Reichelt “*do ponto de vista hermenêutico, tem-se que, na dúvida entre duas ou mais interpretações resultantes do contraste entre o Código de Defesa do Consumidor e o projeto de novo Código de Processo Civil, impõe-se seja sempre adotada aquela que permita ao consumidor obter resultados mais satisfatórios ao seu interesse, sendo vedado o retrocesso*”⁴⁶.

Também é interessante destacar que a nova codificação processual faz referência expressa à chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, que representa derivação da noção tradicional da *disregard doctrine*, e que tem alcançado projeção nos últimos tempos. Como a expressão já indica de plano, nessa hipótese, o ente personificado é utilizado de forma abusiva para acobertar bens e direitos pessoais de seus sócios⁴⁷ – visíveis ou ocultos – sendo utilizada com mais intensidade para

45 Neste sentido é a orientação encontrada de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, argumentando: “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende, em regra, de pedido da parte interessada ou do Ministério Público, quando esse participe do processo. Pode o legislador expressamente excepcionar a necessidade de requerimento para tanto – como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC” – **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: RT, 2015, p. 106.

46 “A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor”, *op. cit.*, p. 247.

47 Sobre a aplicação da teoria da desconsideração inversa há interessante precedente do STJ: Desconsideração inversa. Execução. Ação oposta contra sócio administrador, em que se constata a aquisição de bens de uso particular pela empresa administrada. Finalidade da **disregard doctrine** que é a de combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Interpretação teleológica do CC 50. (...) iii. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação do sócio controlador. iv. Considerando-se que a finalidade da **disregard doctrine** é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do CC 50, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir os bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. v. A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é reconhecida quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no CC 50. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. vi. A luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular” – STJ, 3ª t., REsp. 948117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.06.2010.

resolver lides referentes à partilha patrimonial no direito de família, quando um dos cônjuges ou companheiros, com a intenção de fraudar a futura divisão de bens em relação ao outro membro do casal, realiza transferências patrimoniais para a pessoa jurídica⁴⁸. A aceitação da aplicação desta modalidade de *disregard doctrine* já havia sido consagrada nas Jornadas de Direito Civil, que, por meio do enunciado nº 283, concluiu que: “*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*”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio foi elaborado com o único escopo de proporcionar de desenhar, de forma sintética, a trajetória percorrida pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde o seu surgimento no contexto do sistema jurídico anglo-saxão, verificando a sua recepção pelo direito interno, e projetando a expectativa sobre a recepção da normatização trazida pela nova codificação processual, preocupada com a aplicação justa da ampliação da responsabilidade para além dos tradicionais limites de comprometimento patrimonial da pessoa jurídica.

Cumprido o percurso, podemos identificar a presença de três grandes momentos que compõem a *história* da teoria da desconsideração no cenário jurídico brasileiro: (a) a fase da recepção pretoriana; (b) a fase da positivação, e (c) a fase do processo justo.

48 No âmbito do Direito de Família, o STJ já decidiu pela aplicação da teoria da desconsideração inversa: “*Direito Civil. Recurso especial. Ação de dissolução de união estável. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Legitimidade ativa. Companheiro lesado pela conduta do sócio. Artigo analisado: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial” – REsp nº 1.236.916/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 28.10.2013.*

A primeira etapa do reconhecimento da aplicabilidade da *piercing the corporate veil* decorreu essencialmente do ativismo jurisprudencial, que, num diálogo direto com a doutrina, fincou as bases de sedimentação da sua adequação ao pensamento jurídico nacional, como espécie de antídoto para os mais diversos casos de atualização abusiva da personalidade jurídica. Esse período, que tem início nos albores da década de setenta do século passado, ganhou fôlego a partir do decênio seguinte, onde mesmo desprovida de qualquer base normativa, a teoria da desconsideração alcançou espaço cativo nos debates jurídicos pátrios.

A insegurança da casuística estimulou o legislador a buscar balizas mais seguras para a justificativa da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que, a partir da publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, houve a proliferação de uma série de previsões normativas esparsas, que culminaram com a inserção da cláusula geral do artigo 50 da codificação civil de 2002.

Vencidas essas etapas, passa-se agora a voltar os olhos para a prática da desconsideração da personalidade jurídica dentro do contexto do processo civil. O codificador processual de 2015, verificando que o tema ainda carecia de maior atenção, passou a dispor sobre as formalidades a serem observadas na sua efetivação dentro do processo, pois a normatização de procedimentos representa pilar indispensável para a consolidação do ideal de segurança jurídica e, por consequência, é inevitável num modelo de direito comprometido com o postulado maior do devido processo legal.

Com o presente ensaio, esperamos ter deixado alguma contribuição para a evolução do debate jurídico sobre este tema de especial relevância para o direito atual, que é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Bruschi, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Câmara. Alexandre Freitas. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015.

Caputo, Leandro Javier. Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, Buenos Aires: Astrea, 2006.

Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa; Jorge Neto, Francisco Ferreira. "O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no NCPC e o processo do trabalho", **Revista Eletrônica: O novo CPC e o processo do trabalho**, TRT da 9ª Região, v. 4, nº 44, set/2015.

Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

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

Comparato, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima, São Paulo: RT, 1976.

_____ **O poder de controle na sociedade anônima** 6ª ed., atualizada por Calixto Salomão Filho, São Paulo: RT, 2014.

Cordeiro, António Menezes Cordeiro, O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial, Coimbra: Almedina, 2000.

_____ **Responsabilidade civil dos administradores**, Coimbra: Almedina, 1997.

Dias, Handel Martins, "Análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil com relação à desconsideração da personalidade jurídica", **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 32, maio-jun/2013, p. 48-76.

Didier, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. V. 1, 17ª ed., Salvador: Juspodivum, 2015.

_____ **"Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica"**, *in* **Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual**, 2ª ed., coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei, Salvador: Juspodivum, 2007, p. 159-177.

Donizetti, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado, São Paulo: Atlas, 2015.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Bogotá: Editorial Themis, 1987.

Gomes, Luiz Roldão de Freitas. "Desconsideração da personalidade jurídica", **O direito**. 1990. v. 1, p. 08.

Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Lipton, Phillip, "*The mythology of Salomon's case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective*", **Monash University Law Review**, v. 40, n. 2, 2014, p. 452-487.

Marinoni, Luiz Guilherme; **Arenhart**, Sérgio Cruz; **Mitidiero**, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, São Paulo: RT, 2015.

Mazzei, Rodrigo. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Projeto do novo Código de Processo Civil", **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 24, jan-fev/2012, p. 09-40.

Medina, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: RT, 2015.

Messineo, Francesco. **Doctrina general del contrato**, Buenos Aires, El Foro, 1986.

Moeremans, Daniel E., "*de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del 'Disregard of the Legal Entity'*." **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, v. 22, n. 131, out/1989, p.713.

Nery Junior, Nelson; **Nery**, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: RT, 2015.

Neves, Daniel Amorim Assumpção, **Novo Código de Processo Civil: Lei nº 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015.

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

Reichelt, Luis Alberto, "A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor," **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, São Paulo: RT, mar-abr, 2015, p. 245-259.

Requião, Rubens. "Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)," **Revista dos Tribunais**, v. 410, p. 12-24, dez/1969.

Roda, Carmem Boldó. **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, 2ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997.

Scalzilli, João Pedro. **Confusão patrimonial no direito societário**, São Paulo: Quartier Latin. 2015.

Sesma, Victoria Iturralde, **El Precedente en el Common Law**, Madrid: Civitas, 1995.

Silva, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da per-**

sonalidade jurídica no Direito Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

Tartuce, Flávio. **O novo CC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015.

Thompson, Robert B. "*Piercing the corporate veil: a empirical study*, *Cornell Law Review*", v. 76, jul/1991, p. 1036-1073.

Wormser, I. Maurice. "*Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*", edição fac-símile, Waschington, D.C., Beardbooks, 2000.

Xavier, José Tadeu Neves, "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil", **Revista de Direito Privado**, nº 10, 2002, p. 69-85.