LEONARDO NETTO PARENTONI

RECONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira

Tese de Doutorado apresentada ao
Departamento de Direito Comercial

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo, Outubro de 2012

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FACULDADE DE DIREITO

RECONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard*
***doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira**

Tese de Doutorado elaborada nos moldes das
Resoluções USP – FD/Pós nº 01/2002 e
CPG – FDUSP nº 01/2011.

Orientador: Prof. Titular Dr. Newton De Lucca

Autor: Leonardo Netto Parentoni

São Paulo - SP
Outubro de 2012

Banca Examinadora:

Prof. Titular Dr. Newton De Lucca

Prof^a. Titular Dra. Paula Andréa Forgioni

Prof^a. Titular Dra. Teresa Ancona Lopez

Prof. Titular Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Prof. Titular Dr. Osmar Brina Corrêa Lima

AGRADECIMENTOS

Um trabalho com a envergadura de uma tese de doutorado perante a tradicionalíssima Faculdade de Direito do Largo de São Francisco jamais seria possível sem a decisiva contribuição de inúmeras pessoas. Por isso, peço vênua ao leitor para realizar agradecimentos mais extensos do que o usual, pois é meu dever externar gratidão àqueles que participaram desta caminhada.

Em primeiro lugar, agradeço a Raquel, minha esposa, quem mais de perto acompanhou todos os momentos desta trajetória, sempre com inesgotável repositório de amor, serenidade, paciência, compreensão e apoio, sobretudo quando me deparei com alguns obstáculos aparentemente intransponíveis. Sem ela, nada disto seria possível. Na verdade, nada teria valido a pena...

A meus pais, José Sidney e Orminda, argamassa do meu caráter, alicerce da minha vida e bússola dos meus caminhos, não tenho palavras suficientes para agradecer.

Ao Professor Dr. Newton De Lucca, exemplo de ética e dignidade profissional.

Ao Professor Dr. Osmar Brina Corrêa Lima, por ter plantado em mim a semente do Direito Comercial.

Ao Gustavo Oliva Galizzi, amigo e confidente, minha gratidão por revisar minuciosamente os originais, apoiando-me nos momentos de desânimo e apontando falhas que teimavam em passar despercebidas. Igualmente a Marcelo Andrade Fêres, pelo diuturno incentivo.

Não posso deixar de mencionar, também, Renato Leite e Cecília Tanaka, colegas da USP que entraram na sala de aula como desconhecidos, em nosso primeiro dia de curso, e que desde então se tornaram parte importante dessa jornada, de tal forma que é impossível ir a São Paulo e não se lembrar deles.

Menciono também os advogados que auxiliaram na pesquisa de jurisprudência, quer com sugestões quer na seleção prévia dos acórdãos: Daniel Alexandre Portilho Jardim, Sharla de Almeida Franco Jardim, Caio Cesar Neves da Silva, Victor Cretella, Mayra Rodrigues Gualberto, Cristina Dornelles, Fernanda Sena, Fábio Nori, Marina Marinho, Wallace Almeida de Freitas, Fernanda de Fátima Borges e, finalmente, Francisco Horta.

Compartilho esse momento feliz também com Luana Pereira e os raros colegas da AGU que se dispuseram a me ajudar, compreendendo que magistério e vida profissional não são caminhos antagônicos.

Esses extensos agradecimentos jamais poderiam omitir os professores da tradicionalíssima Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, exemplos de dedicação e seriedade no trato da vida acadêmica, com os quais aprendi como nunca, especialmente à Dra. Paula Andrea Forgioni.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I – Apresentação da Tese.....	13
II – Originalidade da Tese.	15
III – Estrutura do Texto.	19

CAPÍTULO I

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS, SOCIEDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA: ALGUMAS DISTINÇÕES

1.1 – Sucinta explanação histórica	22
1.2 – Patrimônio, Limitação de Responsabilidade dos Sócios, Sociedade e Personalidade Jurídica.....	27
1.3 – Função prática da limitação de responsabilidade dos sócios e sua importância nas sociedades limitada, anônima e na empresa individual.....	32

CAPÍTULO II

A DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA

2.1 – Introdução.	40
2.2 – Conceito e Efeito.	41
2.3 – Nomenclatura	49
2.4 – Pressupostos	52
2.5 – Limites subjetivos e objetivos	62
2.6 – Reserva de jurisdição, procedimento arbitral e desconsideração <i>ex officio</i>	71
2.7 – Desconsideração direta e inversa.....	76

CAPÍTULO III

ANÁLISE EMPÍRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

3.1 – Introdução.	81
3.2 – Sinopse Histórico-jurisprudencial	85
3.3 – Metodologia.	86
3.4 – Resultados Panorâmicos	92

CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DO COTEJO ENTRE A DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA E A PESQUISA EMPÍRICA DE JURISPRUDÊNCIA

4.1 – Análise Econômica do Direito: breves notas.	103
4.2 – AED aplicada à desconsideração da personalidade jurídica.....	107
4.3 – Relações jurídicas com e sem presunção legal de vulnerabilidade; o <i>status</i> privilegiado conferido à tutela de determinados bens jurídicos.....	115

4.4 – Caráter subsidiário da desconsideração e responsabilidade dos administradores que não integram o quadro societário	127
4.5 – Indefinição normativa quanto ao capital social mínimo no Brasil e transferência ilícita de riscos: estímulo subliminar à desconsideração da personalidade jurídica.	133
4.6 – O (des)respeito aos postulados fundamentais do Processo Civil	139

CAPÍTULO V

DA DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA À DESCONSIDERAÇÃO CONTEMPORÂNEA: COMPREENDÊ-LA PARA BEM APLICÁ-LA

5.1 – Possíveis efeitos colaterais da desconsideração contemporânea.....	152
5.2 – A limitação de responsabilidade patrimonial: crise e reequilíbrio (reconsideração)	162
5.3 – Pressupostos da Desconsideração Contemporânea	168

CONCLUSÃO	178
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	180
---------------------------	------------

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS NO TEXTO	196
--	------------

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. De início, o tema é focado da maneira tradicional, reunindo a dogmática sobre a matéria, a fim de delimitar os pressupostos clássicos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida, acrescenta-se um componente novo, ainda pouco utilizado na seara jurídica, qual seja, a jurimetria ou *empirical legal studies*. Por meio dessa técnica foi possível quantificar estatisticamente as principais hipóteses em que a jurisprudência brasileira atual diverge da dogmática clássica.

A análise das razões que conduziram a essa divergência permitiu identificar a formação de uma nova modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, com pressupostos e forma de aplicação diversos da teoria clássica. Convencionou-se chamar esta nova variante de desconsideração contemporânea.

Deste ponto em diante o estudo se dedica a compreender como funciona a desconsideração contemporânea, a partir do modo como ela vem sendo concretamente aplicada pelos tribunais brasileiros. Além de identificar suas principais características, buscou-se sempre compará-las com as da modalidade clássica, de forma a evidenciar suas semelhanças e principais diferenças. Isto permitiu construir pressupostos a serem observados para uma aplicação mais técnica e precisa dessa nova modalidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desconsideração contemporânea, jurimetria.

ABSTRACT

The object of this work is the theory of the disregard doctrine. In the beginning, the theme is traditionally focused, gathering the dogmatic about the topic, in order to delimitate the classic assumptions of the disregard doctrine.

Next, a new component is added, still poorly used in the juridical sphere, which is, jurimetrics or empirical legal studies. Through this technique it was possible to statistic quantify the main hypotheses in which the current Brazilian jurisprudence diverges from the classic dogmatic.

The analysis of the reasons which conducted to such divergence made it possible to identify the formation of a new disregard doctrine modality, with assumptions and forms of application differ from the classic theory. It became conventional to name this new variant contemporary disregard.

From this point on the study dedicates itself to comprehend how the contemporary disregard works, from the way it has been concretely applied by the Brazilian courts. More than only identifying its main characteristics, the work always tried to compare them with the classic modality. This comparison allowed to build assumptions to be observed for a more technical and precise application of this new modality of the disregard doctrine.

Key-words: disregard doctrine, contemporary disregard, jurimetrics.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questa ricerca è il superamento della personalità giuridica. Innanzitutto, l'argomento si sviluppa di modo tradizionale, raccogliendo la dogmatica della teoria classica per segnare i presupposti sul superamento della personalità giuridica.

Appresso, aggiunge un nuovo modo di accostarsi al diritto, ancora poco utilizzato nel mezzo giuridico che sarebbe la giurimetria. Con questo metodo fu stato possibile quantificare statisticamente le ipotesi in cui la legge vigente brasiliana differisce dalla dogmatica classica.

L'analisi delle ragioni che hanno portato a questa divergenza ha permesso identificare la formazione di una nuova modalità di superamento della personalità giuridica con presupposti e modo di applicazione diversi della teoria classica. Questa variante è stata chiamata superamento contemporaneo.

Da questo punto in poi lo studio si concentra sulla comprensione del superamento contemporaneo, a partire dal modo in cui è stato concretamente applicato dai tribunali brasiliani. Oltre ad identificare le loro caratteristiche principali, è stato cercato sempre il suo paragone con la modalità classica, al fine di evidenziare le somiglianze e differenze chiave. Perciò ha permesso costruire ipotesi che devono essere rispettate per un'applicazione più tecnica ed accurata di questa nuova modalità del superamento della personalità giuridica.

Parole-chiave: teoria del superamento della personalità giuridica, superamento contemporaneo, giurimetria.

RESUMEN

La presente tesis realiza el análisis de la desestimación de la personalidad jurídica. En los primeros capítulos se describe el tema de la manera tradicional, listando sus supuestos históricos.

A continuación se añade un nuevo componente, aún poco utilizado por el Derecho, es decir, el análisis empírico. Con esto instrumento fue posible cuantificar estadísticamente las hipótesis en la cuales los tribunales brasileños se apartan del dogmático clásico en tema de desestimación.

El análisis de las razones que llevaron a ese distanciamiento logró identificar una nueva modalidad de desestimación, con supuestos e forma de aplicación diferentes de la teoría clásica, que se llama desestimación contemporánea.

Desde este punto el trabajo intenta comprender como funciona la desestimación contemporánea, conforme su aplicación por los tribunales brasileños. Además de identificar sus principales características se buscó también comparar-las con la modalidad clásica, para destacar sus semejanzas y diferencias. Así fue posible construir supuestos específicos para esta nueva modalidad, convirtiendo-la en una teoría más técnica y precisa.

Palabras clave: desestimación de la personalidad jurídica, desestimación contemporánea, análisis empírico del Derecho.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABJ – Associação Brasileira de Jurimetria
AED – Análise Econômica do Direito
CC – Código Civil
CCom – Código Comercial
CDA – Certidão de Dívida Ativa
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CPC – Código de Processo Civil
CTN – Código Tributário Nacional
DNRC - Departamento Nacional de Registro do Comércio
EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
EUA – Estados Unidos da América
LREF - Lei de Recuperação de Empresas e Falências
LSA – Lei das Sociedades por Ações
NIE – Nova Economia Institucional
RPV – Requisição de Pequeno Valor
SE - Sociedade Privada Europeia (*societas europaea*)
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TST – Tribunal Superior do Trabalho
TJCE – Tribunal de Justiça do Ceará
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TRT – Tribunal Regional do Trabalho

INTRODUÇÃO

I – Apresentação da Tese.

A tese central deste estudo é demonstrar, com apoio em análise estatística de julgados, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, passou por um processo de evolução histórica que lhe alterou profundamente as feições, distanciando-a dos pressupostos clássicos, que pautaram sua incidência desde os primórdios. Tal evolução culminou com o surgimento de uma nova variante desta teoria, alicerçada principalmente em pressupostos econômicos, a qual vem sendo aplicada com frequência pelos Tribunais, nem sempre de maneira técnica.

Este trabalho, então, subdividiu a desconsideração da personalidade jurídica em dois grandes regimes: o das relações jurídicas marcadas pela *paridade* – ao menos formal – das partes, ao lado daquele em que predomina a *presunção legal de vulnerabilidade*. O primeiro corresponde à clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica, construída a partir de 05 pressupostos históricos que ainda hoje pautam sua incidência e que serão dissecados ao longo do texto. Esta espécie encontra-se positivada, por exemplo, no art. 50 do Código Civil, incidindo em função do caso concreto, desde que o requerente comprove a presença cumulativa desses pressupostos. Ela ostenta caráter subsidiário, não incidindo, por absoluta desnecessidade, nos casos em que existe solidariedade legal, pois diante da responsabilidade solidária já é possível imputar obrigação diretamente ao sujeito, sem necessidade de prova ou sequer alegação dos referidos pressupostos. Igualmente, não deve incidir quando já houver conjunto de normas específicas regulando a responsabilidade de certos agentes, como sucede com a responsabilidade civil dos administradores de sociedade empresária ou a indisponibilidade dos bens de administradores de instituição financeira em liquidação extrajudicial, uma vez que as normas especiais têm primazia (*lex specialis derogat generali*). No plano processual, se sujeita à reserva de jurisdição e não pode ser decretada *ex officio*. Ademais, não deveria incidir apenas na fase executiva do processo, por ofensa ao contraditório e a outras garantias fundamentais do jurisdicionado. A desconsideração clássica é a que melhor assegura o respeito às escolhas empresariais, contribuindo para o bom funcionamento do mercado, além de preservar as importantes funções – tanto privadas

quanto macroeconômicas – desempenhadas pela limitação de responsabilidade patrimonial.

Diversamente, a variante dessa teoria decorrente da evolução histórica do instituto incide apenas nas relações jurídicas com *presunção legal de vulnerabilidade*, ou naquelas em que o legislador pretendeu impor *especial tutela a certos bens jurídicos*, tal como sucede no Direito do Trabalho, do Consumidor e Ambiental. Nestes casos, a limitação de responsabilidade não é afastada com base exclusivamente nos pressupostos clássicos da teoria, mas sim em razão de transferência de riscos operada pelo legislador, em abstrato. O trabalho então procurou verificar em que medida os pressupostos clássicos continuam sendo-lhe aplicáveis, bem como quais seriam os marcos complementares, destinados a delimitar-lhe o alcance e evitar insegurança jurídica.

Bem delineados esses dois regimes, a análise estatística ajudou a melhor compreendê-los, elucidando e quantificando os pontos que tem contribuído para a superutilização da teoria. Ao longo do texto pretende-se demonstrar que o exagero decorre principalmente de dois fatores: (i) no plano material, da releitura econômica dos pressupostos clássicos da desconsideração da personalidade jurídica, responsável por ampliar desmedidamente o alcance do instituto; e (ii) no aspecto processual, pela inobservância de princípios e regras de proteção ao jurisdicionado, sobretudo durante a execução das medidas constritivas sobre o patrimônio do sujeito que teve contra si aplicada a desconsideração.

Também restou claro que a desconsideração baseada na vulnerabilidade das partes hoje representa parcela substancial dos julgados, praticamente equivalente, em termos estatísticos, à desconsideração clássica. Tornou-se parte da cultura jurídica brasileira, não podendo ser simplesmente abolida ou desprezada. Não obstante, identificou-se nela a maior parte dos desvios em relação ao padrão correto de aplicação da teoria, pelo que é principalmente nela que devem se concentrar os esforços de readequação. Nesse sentido, propõe-se reduzir o alcance da desconsideração baseada na vulnerabilidade, como forma de prestigiar as importantes funções desempenhadas pela limitação de responsabilidade, iniciativa que se insere numa tendência maior, que se convencionou chamar de *reconsideração da personalidade jurídica*.

II – Originalidade da Tese.

A desconsideração da personalidade jurídica é um dos mais decantados institutos do Direito. No plano estrangeiro, respeitáveis doutrinadores se debruçaram sobre ele, nas últimas décadas, como são os casos de Rolf Serick¹, Piero Verrucoli², Robert Thompson³ e Stephen Bainbridge⁴. No Direito pátrio, igualmente, o instituto despertou a atenção dos mais renomados juristas, como Rubens Requião⁵, Fábio Konder Comparato⁶, José Lamartine Corrêa de Oliveira⁷, Marçal Justen Filho⁸ e Calixto Salomão Filho⁹, que o elegeram como um dos tópicos centrais de seu estudo. Além destes, vários outros importantes nomes da seara jurídica se dedicaram ao assunto, ainda que de forma acessória, como é o caso de Osmar Brina Corrêa Lima¹⁰, Fábio Ulhoa Coelho¹¹, Newton De Lucca¹² e Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹³. Isto apenas para restringir esta breve menção ao Direito Comercial¹⁴, omitindo - propositadamente - os juristas de outras áreas que também contribuíram para o desenvolvimento do tema.

¹ SERICK, Rolf. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966. Note-se que a primeira versão do texto, publicada em alemão, data de 1955.

² VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

³ THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991.

⁴ BAINBRIDGE, Stephen M. Abolishing LLC Veil Piercing. *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles: University of California Press, n. 1, p. 77-106, 2001.

⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

⁷ CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁰ Este autor tratou do tema ao menos em duas oportunidades, na sua tese de doutoramento perante a UFMG e no excelente artigo publicado com o nome de teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. 155 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1987. Manuscrito.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

¹² DE LUCCA, Newton. A desconsideração da personalidade jurídica na falência. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, v. 1, p. 32-34.

¹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

¹⁴ Intenso debate doutrinário foi travado para se definir qual seria a melhor nomenclatura para rotular esse ramo jurídico nascido da *praxis* mercantil, se *Direito Comercial* ou *Direito Empresarial*. A dificuldade começa já pelo fato de que o conceito de empresa, por si só, é controverso: LOBO, Jorge. A Empresa: Novo Instituto Jurídico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLI, n.º 125, p. 29-40, jan./mar. 2002. p. 30. “[...] qualquer estudo, por mais despretensioso que seja da

Neste contexto, o leitor deve estar se perguntando: se o assunto é tão bem tratado pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, no que consiste a originalidade da tese?

A resposta a essa indagação requer que se esclareça, antes, o que se considera como novo ou original. Para tanto, é preciso recorrer às lições do Prêmio Nobel de Literatura, Octavio Paz¹⁵. Este autor destaca que novo não se define por oposição a antigo, como normalmente se faz. Ao contrário, *novo é tudo aquilo que se mostra capaz de resolver os problemas do presente, ainda que para isso atribua outras utilidades a algo que já existe*¹⁶.

teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final.”

Na visão deste pesquisador, podem-se divisar *três vertentes doutrinárias*: (i) aquela que entende deva ser utilizada a expressão *Direito Empresarial*, dada sua maior extensão, para identificar modernamente “o direito das empresas mercantis”: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 6-8; (ii) a corrente teórica que sustenta, a partir da evolução histórica da atividade mercantil, que as expressões *Direito Comercial* e *Direito Empresarial* são *sinônimas*, pois designam o ramo jurídico que disciplina “a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza”: FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13; e (iii) por fim, o entendimento intermediário no sentido de que, a partir do “*critério diacrônico*” (afeto à evolução histórica do comércio) as expressões seriam sinônimas, porém à luz do “*critério sincrônico*” (relativo à observação simultânea dessas expressões) “não haveria perfeita simetria entre os dois conceitos” uma vez que “o direito empresarial constitui apenas uma parte – sem dúvida a mais importante delas, mas não a única – do direito comercial ou mercantil, estas duas últimas, sim, expressões que devem ser tomadas como rigorosamente sinônimas.”. Exemplo desta dissociação sincrônica é o fato de que algumas relações jurídicas compreendidas no antigo *Direito Comercial* não se encaixam precisamente no *Direito Empresarial*, já que podem ser travadas sem a participação de qualquer empresário, tal como sucede com a emissão de alguns títulos de crédito: DE LUCCA, Newton. A oportunidade de um novo Código Comercial para o Brasil. *Enfoque Jurídico*. São Paulo: Enfoque Jurídico, ano I, n.º 4, p. 14, jun. 2011. p. 14. Em última análise, toda essa discussão evidencia a existência de visões distintas sobre o alcance e os limites do ramo jurídico destinado à disciplina das atividades interempresariais. Feita a ressalva, cumpre destacar que *doravante neste trabalho as expressões Direito Comercial e Direito Empresarial serão tratadas como sinônimas*.

¹⁵ Sobre a utilização das obras de Octavio Paz no meio jurídico, importante citar o pioneirismo de Newton de Lucca: DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 468. “[Octavio Paz] a quem tive a oportunidade de citar já no longínquo ano de 1981, em minha tese de doutoramento, tendo sido duramente censurado por um examinador da banca, na defesa pública realizada em 15 de dezembro daquele ano, por ter citado um autor *praticamente desconhecido* e estranho ao mundo jurídico. A curiosidade e o pitoresco da situação não decorrem, evidentemente, de ter Octavio Paz recebido, mais tarde, o Prêmio Nobel de Literatura – o que, por si só, não seria argumento para tornar improcedente a crítica então formulada –, mas do fato de estar fazendo parte da mesma banca examinadora o Eminentíssimo professor Celso Lafer que, além de amigo pessoal do referido escritor, fora o tradutor da obra por mim citada...”

¹⁶ Interessante transcrever um trecho da conferência de Octavio Paz na cerimônia de entrega do Prêmio Nobel de Literatura de 1990: PAZ, Octavio. La búsqueda del presente (Conferencia Nobel 1990). *Les Prix Nobel*. Stockholm: Editor Tore Frängsmyr, [Nobel Foundation], 1991. Disponível em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html>. Acesso em: 05.02.2011. “En mi peregrinación en busca de la modernidad me perdí y me encontré muchas veces. Volví a mi origen y descubrí que la modernidad no está afuera sino adentro de nosotros. Es hoy y es la antigüedad más antigua, es mañana y es el comienzo del mundo, tiene mil años y acaba de nacer. Habla en náhuatl, trae ideogramas chinos del siglo IX y aparece en la pantalla de televisión. Presente intacto, recién desenterrado, que se sacude el polvo de siglos, sonríe y, de pronto, se echa a volar y desaparece por la ventana. Simultaneidad de tiempos y de presencias: la modernidad rompe con el pasado inmediato sólo para rescatar al pasado milenario y

Pelas ideias de Octavio Paz, no sentido contemporâneo *novo é aquilo que agrega valor ao estudo de um tema*, que contribui para sua maior *utilidade*. Seguindo o mesmo raciocínio, João Maurício Adeodato destaca que “*o tema do trabalho não precisa necessariamente ser original. É bastante que o enfoque, a atitude do pesquisador o seja.*”¹⁷ O que se busca alcançar com a presente pesquisa é justamente esse enfoque original. A intenção é *associar um estudo empírico atualizado à abordagem teórica do tema*, a partir da análise de acórdãos brasileiros que permitam verificar como o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo aplicado, na prática, pelos tribunais pátrios. Este tipo de enfoque permite identificar se existe sintonia entre o que se apregoa, no plano doutrinário, e aquilo que efetivamente se concretiza nas decisões judiciais, ou, havendo desvios nesse percurso, reavaliar dogmas e formular novas proposições teóricas, mais adequadas à realidade.

A originalidade do tema, destarte, reside não no estudo de instituto absolutamente inexplorado - tal como ocorreria, por exemplo, se a pesquisa tivesse por objeto alguma criação decorrente das modernas tecnologias - mas sim na *abordagem empregada*, que prestigia também a análise empírica do instituto, com a coleta sistematizada de dados que não se restringem ao plano teórico. Com efeito, a reflexão acerca de tais dados permite formular ideias que dificilmente adviriam da visão exclusivamente doutrinária.

Esse componente empírico é tratado com destaque por outras ciências, preocupadas em comparar proposições teóricas com os resultados obtidos a partir de pesquisas de campo. Na Medicina, por exemplo, novos medicamentos são testados em cobaias de laboratório ou até mesmo em seres humanos, caso se trate de experimento em fase já avançada. Na Engenharia, da mesma forma, a resistência, acústica, luminosidade e conforto térmico dos materiais são testados em canteiros de obras previamente selecionados. No âmbito jurídico, entretanto, ainda se verifica certo grau de resistência em comparar proposições teóricas com a jurisprudência. A objeção aos trabalhos deste tipo normalmente se assenta na afirmação de que voltar os olhos para a *praxis* compromete o caráter científico do texto. Contrariando os que assim pensam, o entendimento aqui

convertir a una figurilla de fertilidad del neolítico en nuestra contemporánea. Perseguimos a la modernidad en sus incesantes metamorfosis y nunca logramos asirla. Se escapa siempre: cada encuentro es una fuga. La abrazamos y al punto se disipa: sólo era un poco de aire. Es el instante, ese pájaro que está en todas partes y en ninguna. Queremos asirlo vivo pero abre las alas y se desvanece, vuelto un puñado de sílabas. Nos quedamos con las manos vacías. Entonces las puertas de la percepción se entreabren y aparece el *otro tiempo*, el verdadero, el que buscábamos sin saberlo: el presente, la presencia.”

sustentado é o de que esse tipo de análise é relevante e desejável, na medida em que testa a utilidade prática do raciocínio proposto, sobretudo quando se recorda que o Direito não é ciência meramente abstrata, mas socialmente *aplicada*¹⁷. Além disso, não se pode desprezar a especial importância da jurisprudência para certos ramos, como o Direito Comercial, cujos agentes, ao celebrar contratos, costumam levar em conta a sinalização dada pelas Cortes, além de sua inegável influência no funcionamento do mercado¹⁹. Na feliz síntese de Fábio Nusdeo: “a quantificação imprime sempre um maior rigor científico a qualquer raciocínio, rigor esse atingido de maneira muito mais dificultosa e demorada com o apoio apenas da argumentação verbal.”²⁰

Assim, o que se busca é demonstrar, com apoio em análise sistêmica de jurisprudência atualizada, como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo efetivamente aplicada no Brasil, a fim de saber se ela conserva a sua utilidade, segundo as razões históricas que motivaram seu surgimento, bem como compreender as transformações pelas quais passou nas últimas décadas, resultando numa desconsideração real, em certa medida dissociada das origens históricas.

Note-se, como derradeiro apoio à proposta aqui formulada, o fato de que *o conhecimento se forma por camadas*²¹, de modo que releituras de um tema contribuem para iluminar aspectos ainda pouco explorados, revigorando institutos e os adequando às necessidades contemporâneas. Isto já vem ocorrendo com temas clássicos do Direito Comercial, como os contratos mercantis²², a superação do conceito de *affectio societatis*

¹⁷ ADEODATO, João Maurício. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. n.º 2, v. 1, p. 13-39, 1998. p. 4.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 83. “[...] a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.”

¹⁹ Em obra que se propõe a repensar (segundo a autora, na verdade, a recriar) uma teoria geral dos contratos empresariais, Paula Forgioni destaca que a existência de uma jurisprudência firme e, tanto quanto possível uniforme, é condição essencial ao desenvolvimento desses contratos. Sobre o tema, consulte-se: FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75-77.

²⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

²¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5. “Na metodologia em espiral, o mesmo conceito aparece empregado em contextos diferentes, e é, como que, ‘dilapidado’ aos poucos.

Resta-nos um consolo, entretanto. Estudos sérios, recentes e avançados, publicados pelos professores Gheorghiu e Kruse, das Universidades de Giessen e de Bremen, na Alemanha, lograram comprovar que o aparelho psíquico humano possui um mecanismo automático de desambiguação e formação de ordem autônoma.”

²² Paula Forgioni, na obra já citada, propõe que se repense toda a teoria geral dos contratos empresariais, realçando suas peculiaridades e afastando-os do tratamento empregado pelo Direito Civil: FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 17; 22. “O

pelo de fim social²³, ou mesmo a necessidade de reedição de um Código Comercial, caso se constate ter sido realmente equivocada a opção brasileira – baseada no modelo italiano – de unificar formalmente o Direito Privado²⁴. Neste contexto, avulta-se a importância de acrescentar aos estudos clássicos sobre a desconsideração da personalidade jurídica uma pesquisa baseada em *dados concretos e atuais*, que permita reavaliar o alcance, a utilidade e a necessidade deste instituto, compreendendo sua feição contemporânea.

Esta, em breves linhas, é a justificativa quanto à originalidade e importância do tema. Passa-se, agora, a sucinta explanação sobre a estrutura do trabalho.

III – Estrutura do Texto.

Este estudo se compõe de introdução seguida de cinco capítulos, culminando na conclusão. A introdução apresenta ao leitor, de forma sucinta, o problema central da tese, os objetivos do trabalho e a justificativa quanto à originalidade do tema.

correr dos olhos pela estrutura das obras que versam sobre contratos comerciais editadas no Brasil nas últimas décadas evidencia que poucas páginas deitam-se sobre sua *teoria geral*. Normalmente, esta é identificada com a civilística -, como se pouco houvesse de comum entre os negócios realizados pelos empresários, a não ser que [i] estavam previstos no Código Comercial ou [ii] tinham surgido da prática dos comerciantes.

[...]

Este livro propõe-se a reunir alguns ensaios sobre os contratos empresariais, adotando essa nova ótica de sua ‘redescoberta’, ciente da necessidade de construção de uma teoria geral que lhes explique a essência e a existência.”

Crítica semelhante, porém baseada em premissas diversas, é feita por Haroldo Verçosa: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 346. “[...] o nascimento, a vida e a morte de contratos mercantis [no Código Civil] estão regidos pelo mesmo regime dos contratos civis, cuja índole é diversa dos primeiros em muitos e importantes sentidos.”

²³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de Advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 134. “Como tenho sustentado, a *affectio societatis* é um nada jurídico, porquanto não é pressuposto para a formação, nem fundamento para a manutenção da sociedade.”

De mesmo matiz: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis*: Um conceito jurídico superado no Moderno Direito Societário pelo conceito de Fim Social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 137; 144. “O conceito de *affectio societatis* é equívoco. A ampliação da função a ela inicialmente reconhecida levou a que os diversos conceitos construídos pela doutrina se tornassem bastante díspares, dependendo da função ou das funções que o autor da definição lhe pretenda atribuir.

[...]

Pelo exposto, parece possível concluir, juntamente com Maurice Cozian e Alain Viandier, ser ‘a *affectio societatis* mais um sentimento do que um conceito jurídico’, ou que o termo representa, na verdade, como observa Herbert Wiedemann, uma descrição sociológica das sociedades (*soziologischen Beschreibung der Verbände*), juridicamente compreensível ademais, apenas com relação às sociedades de pessoas ou às associações de caráter ideal. Urge, por isso, corrigir o desvio de perspectiva que se encontra ínsito na sua aplicação, dando enfoque ao que realmente interessa: o conceito de fim comum.”

²⁴ A polêmica proposta de retorno a um Código Comercial é feita na seguinte obra: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. Tal proposta resultou no seguinte projeto de lei: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

Seguem-se os Capítulos I e II, destinados a fornecer noções teóricas introdutórias acerca da limitação de responsabilidade dos sócios e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, diferenciando-os de institutos afins, como a personalidade jurídica e a organização societária.

O Capítulo III apresenta pesquisa empírica baseada na análise sistematizada de acórdãos de alguns dos principais tribunais do país, visando a demonstrar como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo compreendida e aplicada por nossos magistrados. Ele externa também a extrema dificuldade vivenciada na condução deste estudo, não pela falta, mas pelo expressivo número de decisões sobre o tema, o que já sugere haver certo exagero na aplicação da mencionada teoria.

O Capítulo IV confronta as noções teóricas já apresentadas com a pesquisa de jurisprudência, a fim de introduzir algumas posições do autor acerca da inadequação com que vem sendo aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, principalmente nas relações jurídicas com presunção legal de vulnerabilidade (a chamada “desconsideração” atributiva ou “teoria menor” da desconsideração), ou quando o tema é regulado por disciplina específica, como no regime de responsabilidade civil dos administradores de sociedade empresária.

É neste capítulo que se inicia a proposta de readequar a *disregard doctrine* a limites condizentes com o ordenamento²⁵ jurídico brasileiro, demonstrando, com o auxílio de conceitos de *law and economics*²⁶, que sua utilização desmedida, principalmente na

²⁵ Prefere-se o termo *ordenamento*, que doravante será adotado ao longo do texto, à palavra *ordenação*, por se tratar de expressão já consagrada na literatura jurídica nacional, ainda que, gramaticalmente, mereça reparos, como bem destacou Newton de Lucca: DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. 2009. 448 f. Tese (Professor Titular de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Nota de rodapé nº 675, p. 309 “Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra *ordenação* jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra *ordenamento* jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos [...]”

²⁶ Evidentemente, tais conceitos são analisados à luz dos *valores* tutelados pelo Direito, pois não se pode admitir que este seja um mero instrumento estéril a serviço da obtenção de eficiência em termos econômicos, “custe o que custar”. Nas palavras do saudoso Miguel Reale: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20. “Nada justifica o entendimento do Direito como forma abstrata e vazia casada a um conteúdo econômico, inclusive porque o Direito está cheio de regras que disciplinam atos totalmente indiferentes ou alheios a quaisquer finalidades econômicas. Como bem observa Ascarelli, a questão é bem outra, por ser próprio do Direito receber os valores econômicos, artísticos, religiosos etc., sujeitando-os às suas próprias estruturas e fins, tomando-os, assim, jurídicos na medida e enquanto os integra em seu ordenamento.

Cabe, outrossim, ponderar que, assim como o fator econômico atua sobre o Direito, este resulta também de elementos outros, de natureza religiosa, ética, demográfica, geográfica etc., o que demonstra a unilateralidade e a inconsistência de todas as teorias que, como a marxista, enxergam no homem apenas uma de suas múltiplas dimensões.

modalidade atributiva, tem sido prejudicial às relações mercantis, gerando instabilidade no meio empresarial e, em casos extremos, até mesmo prejudicando o funcionamento do mercado.

O derradeiro Capítulo V reforça as reflexões lançadas ao longo do texto, acerca da necessidade de se compreender as feições contemporâneas da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de readequar seu alcance e limites, o que demandou a construção de pressupostos complementares para a modalidade atributiva, condizentes com seu peculiar desenvolvimento histórico. Ao final se verá que não se trata de posicionamento isolado deste autor (ainda que tenha a peculiaridade de adotar o método empírico/estatístico), mas de tendência maior, verificada tanto em âmbito mundial quanto na doutrina e no processo legislativo brasileiros, no sentido de se prestigiar a limitação de responsabilidade, tendo em vista suas importantes funções. A esta tendência se convencionou chamar de *reconsideração da personalidade jurídica*.

Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais.”

CAPÍTULO I

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS, SOCIEDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA: ALGUMAS DISTINÇÕES

Efetivamente, é impossível acreditar que uma mesma coisa seja e não seja. (Aristóteles)

1.1 – Sucinta explanação histórica.

Não se tem notícia da existência de limitação da responsabilidade dos sócios no Direito Grego anterior à dominação romana²⁷. Deste ponto em diante, Walfrido Jorge Warde Júnior realizou aprofundada e exemplar pesquisa, orientado pelo professor Fábio Konder Comparato, para concluir que no antigo Direito Romano²⁸, apesar de divergências doutrinárias e inúmeras sutilezas, é possível afirmar que *em regra a sociedade não tinha eficácia perante terceiros*, sendo o vínculo societário mantido apenas no plano interno, entre os sócios. Externamente, cada um deles contratava em nome próprio, ainda que em proveito da empresa²⁹.

²⁷ Conforme: GAGARIN, Michael. *Early Greek Law*. Los Angeles: University of California Press, 1989.

²⁸ A expressão antigo Direito Romano é aqui empregada para se referir aos primórdios do Império Romano. Para uma precisa delimitação de cada uma das fases desse império, com referência a seus marcos históricos, recomenda-se a leitura do clássico: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

Vide, ainda, um dos maiores romanistas da atualidade: TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 174 a 184.

²⁹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 26-27. “Perante terceiros inexistia sociedade, ou mesmo a comunhão patrimonial que lhe servia de base. Os sócios contratavam em nome próprio, assumindo posições ativas e passivas que integravam suas próprias esferas jurídicas.

Aqueles que, por outro lado, eram meramente titulares de direito de crédito, por não terem praticado quaisquer atos que permitissem crer fossem donos do patrimônio dedicado à empresa, não assumiam responsabilidade externa pelo exercício da atividade determinante dos resultados de que eram credores. Os que haviam praticado – em relação ao patrimônio social – atos que permitiam acreditar fossem ‘donos’, a despeito de pessoal e ilimitadamente responsáveis perante terceiros, aproveitavam-se, entretanto, diretamente dos resultados da empresa.

Os terceiros, via de consequência, tinham ação apenas em face do sócio com quem haviam celebrado negócio. Já os demais sócios eram irresponsáveis perante terceiros, mesmo que, em caso de perdas, o sócio prejudicado (apoiado na relação interna) pudesse deles buscar ressarcimento. Nesse caso eram sujeitos a responsabilidade *pro quota* pelas perdas experimentadas por aquele que as determinou.”

A doutrina italiana caminha no mesmo sentido: VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 13. “Si

Neste contexto, *a responsabilidade pelo exercício da empresa era determinada de acordo com a natureza dos direitos de cada sócio em relação ao patrimônio social*. Ou seja, o administrador apresentava responsabilidade pessoal, direta e ilimitada pelos negócios sociais porque era ele quem dispunha do fundo comum *como se proprietário fosse*³⁰. Por outro lado, os sócios não dedicados à gestão seriam irresponsáveis perante terceiros, tendo em vista serem titulares de *mero direito de crédito quanto ao resultado da empresa*. Obviamente, *quando se fala em limitação de responsabilidade dos sócios, está-se referindo à sua responsabilidade pelas obrigações formalmente contraídas em nome da sociedade* (responsabilidade do sócio pelas dívidas sociais), a qual *se limita ao montante conferido ao patrimônio social*, diversamente das obrigações contraídas pelo sócio em seu próprio nome e sem relação com a atividade societária, caso em que se obriga com todo o seu patrimônio³¹.

Desde o Direito Romano³², portanto, existiam formas de limitação da responsabilidade dos sócios, atreladas ao fato de que apenas alguns deles administravam os fundos sociais como titulares de direito real sobre ele. Esse raciocínio se manteve ao longo da Idade Média, pois nos tipos societários em que todos os sócios agiam como administradores, com poder direto de disposição sobre o fundo comum, todos, conseqüentemente, apresentavam responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais. A situação se alterou nas sociedades em comandita, pois nestas havia uma classe de sócio, o

può ritenere pacifico che l'antico diritto romano non ha conosciuto forme associative dotate di personalità giuridica.”

Igualmente no Direito Português: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 29. “Impõe-se concluir: os *jurisprudentes* conseguiam, na prática, trabalhar com as pessoas colectivas. Mas não isolaram a correspondente noção abstracta. O que não admira: a personalidade colectiva, como a História viria a demonstrar, só pode ser alcançada através do pensamento sistemático. Ora, as primeiras aplicações efectivas da ideia de sistema, em Direito, tiveram de aguardar a ordenação periférica dos humanistas, do século XVI.”

³⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 11. “Concluiremos, no geral, que a irrelevância externa da *societas* romana fez com que a responsabilidade pelo exercício da empresa fosse imputada a um ou mais sócios que – dedicados à gestão – dispunham, como se proprietários fossem, de todo o patrimônio social, aproveitando-se, direta e pessoalmente, dos resultados da atividade. Em contrapartida, os sócios não dedicados à gestão, no que concerne aos proveitos, eram meros credores. Essa condição determinava sua irresponsabilidade perante terceiros.”

³¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1956. 350 f. Tese (Professor Catedrático de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1956. p. 21. “Convém anotar, desde logo, que a delimitação de responsabilidade, resultante dos citados institutos, não atinge as obrigações dos associados em face da sociedade, nem as desta perante seus próprios credores. O efeito limitativo consiste tão só em interpor uma barreira entre os credores sociais e os patrimônios dos sócios, para que aqueles não possam pretender destes nada além do montante das contribuições prometidas à sociedade.”

comanditário, que não podia dispor diretamente dos fundos comuns, assemelhando-se aos demais credores do empreendimento. Justamente por possuir apenas direito de crédito – e não um poder direto – sobre o patrimônio social, o comanditário adquiriu a prerrogativa de limitar sua responsabilidade ao montante de participação neste patrimônio³³.

Na esteira desta resumida linha evolutiva, o surgimento das primeiras sociedades anônimas confirmou os fundamentos romanos e medievais de limitação da responsabilidade dos sócios³⁴. Ainda que a Companhia das Índias Orientais tenha sido o embrião do novo modelo, foi somente com o advento da Companhia das Índias Ocidentais que a limitação de responsabilidade ganhou fôlego, passando a alcançar, indistintamente, todos os sócios, à semelhança do que ocorre atualmente com as sociedades anônimas. Isto porque na Companhia das Índias Ocidentais *todos os membros do quadro societário tornaram-se meros titulares de direito de crédito sobre o resultado da empresa*. Sócio ou administrador algum possuía direito real sobre o patrimônio da Companhia. Tanto assim que mesmo os sócios que exerciam a função de administrador passaram a agir não mais como gestores de propriedade que lhes pertencia, mas como simples credores de empreendimento formado por aportes de capital, diversos de seu patrimônio particular e cuja movimentação deveria observar certas formalidades, para fins de controle, como a nomeação pelos acionistas, a fixação de prazo para o exercício do cargo de administrador, os deveres de publicar o balanço e de distribuir dividendos, além de restrições para contratar com a própria sociedade. Havendo o descumprimento dessas formalidades, o administrador poderia ser destituído, o que evidenciava não ser ele mais o responsável por

³² Para um aprofundamento sobre os antecedentes do conceito de sociedade, desde o Direito Romano, recomenda-se também a leitura de: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Manual de Direito das Sociedades*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p.50-62.

³³ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 42; 53. “A fusão de culturas e tradições jurídicas, que se instaurou desde a queda do império romano no Ocidente, determinou a solidariedade ativa e passiva dos sócios das *fraternalis societates*. Deu-se sua ilimitação de responsabilidade porque, com o reconhecimento do vínculo societário, - notável pela solidariedade ativa – passaram todos a se beneficiar diretamente, quando de sua inserção no patrimônio comum, das aquisições e proveitos da empresa. Deixou de haver, perante terceiros, a disposição do patrimônio social por este ou aquele sócio em particular – e, via de consequência, o aproveitamento de resultados deu-se de forma solidária. [...]

Partindo-se da companhia, em que todos os sócios – em virtude da relação dominial com o patrimônio e resultados da empresa – eram ilimitadamente responsáveis, surgiu a sociedade em comandita pela alteração parcial da natureza dessa relação. O sócio capitalista (o comanditário) transferia o seu direito real sobre as entradas ao comanditado, para receber, em contraprestação, um direito de crédito correspondente ao valor do aporte, acrescidos os juros. Tornava-se, devido a sua equiparação aos demais credores da sociedade, perante terceiros, limitadamente responsável pela perda de seu investimento.”

³⁴ Sobre a repercussão jurídica das alterações sociais vivenciadas na Alta Idade Média, consulte-se: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução: A. M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 22-26.

gerir um patrimônio seu, particular, mas sim um conjunto de bens *separado e destinado ao exercício de determinada atividade*³⁵. *Essa é a razão histórica para a limitação de responsabilidade dos sócios, desde a Idade Média até os dias atuais.*

Além do mencionado componente histórico, há também fundamentos de ordem econômica que justificam a limitação de responsabilidade³⁶, cuja abordagem será feita posteriormente, em capítulo próprio³⁷. Por ora, cumpre sublinhar que *ainda hoje a limitação de responsabilidade dos sócios das sociedades limitadas e anônimas se sustenta na perda de direitos reais sobre o fundo social, os quais são substituídos por mero direito de crédito sobre o resultado da empresa, a qual passa a ser gerida como centro autônomo de imputação de interesses, inconfundível com os sócios e os administradores.*

Diversamente, as chamadas sociedades de pessoas³⁸, de regra, não gozam da limitação de responsabilidade dos sócios, justamente porque estes atuam gerenciando

³⁵ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 66-68. “Quando se deu a criação da Companhia das Índias Ocidentais, entretanto, a figura do administrador foi amplamente revista. Sua nomeação por acionistas e a efemeridade do cargo, desde logo, afastaram a condição de ‘donos da sociedade’. Contribuíram também para a ampla relativização de seus poderes sobre a empresa, os deveres de publicar o balanço e de distribuir dividendos (não apenas os juros sobre as entradas). Os administradores foram proibidos de contratar com a sociedade, em nome próprio ou por terceiros, sob pena de perda das remunerações e destituição. Extinguiram-se, portanto, os direitos reais sobre o patrimônio empregado na empresa e sobre os seus resultados, características da condição de administrador das primeiras companhias medievais.

[...]

A administração por representação, em contrapartida, não impôs aos acionistas uma volta à responsabilidade solidária e ilimitada porque, por um lado, já haviam renunciado ao direito real sobre suas entradas e, por outro, porque mesmo que a gestão da empresa fosse conduzida à satisfação de seus interesses, esses interesses resumiam-se a meros direitos de participação nos resultados. Não decorria disso, portanto, como nas primeiras companhias medievais, a gestão do uso da propriedade comum, mas sim a administração de um mecanismo societário inteiramente destinado à satisfação de direitos creditórios.

Afirmam-se, dessa maneira, as sociedades por ações como formas associativas em que todos os membros são privados de uma posição dominial sobre o patrimônio. Não há mais a distinção entre sócios “donos” do patrimônio e sócios financiadores. Há apenas uma pluralidade (muitas vezes anônima) de interessados, uma “pulverização” dos direitos sobre os resultados que os tornam todos externamente responsáveis apenas no limite de suas entradas.

[...]

Essa, que já era então a principal causa de limitação de responsabilidade na Idade Média, persiste, na modernidade, como seu primeiro fundamento.”

³⁶ Op. cit. o. 127. “Remanescem como proposições válidas, em favor da limitação de responsabilidade, sua capacidade de reduzir os custos de capital e das transações, bem como, de certa maneira, toda a sorte de benefícios, conforme lhe atribui a Escola de Chicago, à organização econômica da empresa.”

³⁷ Trata-se do Capítulo IV, intitulado: Algumas Conclusões Extraídas do Cotejo Entre as Balizas Teóricas da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Jurisprudência Analisada.

³⁸ Tecnicamente, os termos “sociedade de pessoas” e “sociedade de capitais” não são dos mais felizes, tendo em vistas que tanto a pluralidade de sócios como a determinação de um valor para o capital social são cláusulas obrigatórias do contrato de sociedade, à luz do art. 997, I e III do Código Civil.

Não obstante, tal classificação apresenta relevância didática, na medida em que facilita ao aluno, sobretudo nos primeiros períodos de graduação, diferenciar entre os empreendimentos formados em torno das características e qualidades pessoais dos sócios – como costuma ocorrer nas sociedades de profissionais

diretamente o patrimônio social, como se dele fossem proprietários, não havendo a formação de rígido centro autônomo de decisões³⁹. Apesar de reunidos em sociedades, tais profissionais atuam de maneira semelhante ao empresário individual, como concluíra o clássico estudo de Francesco Vassalli⁴⁰.

Convém notar, por fim, que essa breve menção histórica atem-se à evolução da responsabilidade limitada dos sócios no sistema Romano-Germânico⁴¹, conhecido como *civil law*, eis que sua introdução na *common law*, como regra geral deste sistema, teria se dado somente no final do século XVIII⁴².

liberais – daqueles em que a contribuição para o capital social é mais importante do que as qualidades pessoais do sócio – tal como sucede nas companhias abertas.

No mesmo sentido: GONTIJO, Vinícius José Marques. A Regulamentação das Sociedades Limitadas. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de Empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 194. “Pode-se, ainda, classificar as sociedades segundo a sua estrutura econômica. Há autores, como Nelson Abraão, que entendem que esta classificação não teria mais utilidade, nem atualidade, uma vez que não há sociedades sem que tenhamos pessoas e capital. Contudo, divergimos destas opiniões que nada esclarecem, pois somente obscurecem a classificação. Naturalmente, para a constituição de sociedades é necessário o capital e as pessoas, mas a classificação não está estruturada nessa observação óbvia, mas, sim, no elemento que foi determinante para a constituição da sociedade e sua manutenção: as pessoas dos sócios ou os cabedais com os quais os sócios concorreram para a sociedade, esta, aliás, a pertinente orientação que nos dá João Eunápio Borges.”

³⁹ É a mesma conclusão a que chega a doutrina italiana, como por exemplo: AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 101. “Nella società semplice, nella società in nome collettivo e nella società in accomandita semplice il legislatore suppone che ogni socio abbia deciso di far parte della società anche in considerazione delle persone degli altri soci in conseguenza della normale responsabilità personale dei soci e dell’ampio potere che essi hanno nell’amministrazione della società. La disciplina di tali società è ispirata a detto presupposto: perciò, tra l’altro, le quote sociali sono intransferibili senza il consenso di tutti i soci o della maggioranza degli stessi. Per riassumere il presupposto di tale disciplina, dette società sono convenzionalmente denominate *società di persone*. Le società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata sono denominate, invece, *società di capitali*. Si tratta, anche qui, di una denominazione convenzionale, per indicare la minore importanza attribuita alle persone dei soci ed alle loro qualità rispetto alla maggiore importanza attribuita invece ai loro conferimenti.” Convém destacar, no entanto, que o ordenamento jurídico pátrio (Código Civil art. 983) faculta a adoção, pelos profissionais liberais, dos tipos de sociedade empresária, justamente para permitir a limitação de responsabilidade dos sócios, principal atrativo dessa opção.

Aprecie-se também: ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di Diritto Commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006. p. 227-228.

⁴⁰ Essa análise que aproxima as sociedades de pessoas a uma mera reunião formal de empresários individuais foi tema do clássico estudo de Vassalli, que concluiu pela inaplicabilidade, à espécie, da limitação de responsabilidade dos sócios: VASSALLI, Francesco. *Responsabilità d’impresa e potere di amministrazione nelle società personali*. Milano: Giuffrè, 1973.

⁴¹ Acerca dos critérios que permitem incluir determinado ordenamento jurídico num ou noutro sistema, consulte-se: DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Martins Editora, 2002.

Igualmente: EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

Sobre o conceito de sistema, não se pode deixar de mencionar, ainda, a obra clássica de Canaris: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

⁴² HANDLING, Oscar; HANDLING, Mary F. Origins of the American Business Corporation. *Journal of Economic History*. Yale: The Yale Law Journal, v. 5, n.º 1, may, 1945. p. 1. “The concentration of business enterprise in corporate structures at the end of the last century called the attention of scholars to the history of the business corporation, the chartered joint-stock company. Even those who agreed that ‘the honour of

1.2 – Patrimônio, Limitação de Responsabilidade dos Sócios, Sociedade e Personalidade Jurídica.

Há ordenamentos jurídicos em que a personificação societária é sinônimo da limitação de responsabilidade dos sócios. O Reino Unido é um exemplo, como leciona Fábio Ulhoa Coelho:

Há direitos, como o do Reino Unido [...] que associam a personalização da sociedade à limitação da responsabilidade dos sócios. Para tais sistemas, as sociedades em que sócios respondem integralmente pelas obrigações sociais são despersonalizadas⁴³.

Diversamente, no Brasil – como em vários outros países - a personalidade jurídica é apenas *um dos* instrumentos que permite alcançar a limitação de responsabilidade dos sócios. Não é, porém, o único. Há outros institutos que também conferem essa limitação sem que seja necessário, para tanto, constituir sociedade personificada.

Com efeito, no Direito Romano houve época em que o próprio corpo do devedor poderia ser atingido pelo credor, em caso de inadimplemento⁴⁴ de uma obrigação, por meio do recurso à *manus iniectio*⁴⁵. Nessa época, a limitação de responsabilidade não colocava a salvo nem sequer a integridade física do devedor. Posteriormente, sobretudo a partir da *Lex Poetelia Papiria*⁴⁶, desenvolveu-se o conceito de *patrimônio* como *técnica para limitação da responsabilidade do devedor*, a fim de protegê-lo contra as cobranças do credor, que doravante somente poderia voltar-se contra os bens daquele, não mais contra

originally inventing these political constitutions entirely belongs to the Romans' realized that their modern economic functions were relatively recent and demanded explanation."

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

⁴⁴ Sobre o inadimplemento obrigacional, não se pode deixar de mencionar o clássico: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁴⁵ TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 658. "L'azione esecutiva, alle origini, si dirigeva – nelle forme della *manus iniectio* – contro la persona del debitore, la cui responsabilità era di carattere personale."

Vide, ainda: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987. p. 88.

Por fim, confira-se a didática lição a seguir: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Perfil Histórico da Execução Civil*. Texto inédito fornecido pelo autor aos alunos da disciplina Tutela Jurisdicional Executiva do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da USP, no primeiro semestre de 2010. "*Manus iniectio* significa o ato de colocar a mão sobre uma pessoa ou sobre uma coisa. Aplicava-se em várias circunstâncias, mas era também utilizada na *in ius vocatio* contra o demandado que se recusasse a seguir com o demandante à presença do magistrado. Significava, de início, o único meio de proteção judiciária. Mais tarde, passa a ser uma simples ação executória."

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-30.

sua integridade física (origem humanística do patrimônio). Neste contexto, desenvolveu-se a teoria da unidade do patrimônio, ancorada em dois axiomas: (i) toda pessoa possui um patrimônio; e (ii) cada pessoa possui um único patrimônio.

Em momento seguinte, já tendo sido superada a possibilidade de a execução recair sobre o corpo do devedor, o conceito de patrimônio sofreu críticas que o levaram a assumir novos contornos, desvinculando-o da ideia de pessoa. O instituto passou a ser definido como um *conjunto de bens autônomo, direcionado a determinada finalidade*. Rompem-se, então, os axiomas da teoria da unidade do patrimônio, pois sujeitos desprovidos de personalidade jurídica também poderiam ostentar seu próprio patrimônio, bem como seria possível a um mesmo sujeito deter mais de uma massa patrimonial⁴⁷.

Aliás, a investigação histórica empreendida no tópico anterior, desde o Direito Romano, confirmou que *sociedade, personalidade jurídica e limitação de responsabilidade dos sócios são conceitos distintos, não havendo obrigatoria associação entre eles*. Dito de outro modo, a limitação de responsabilidade não pressupõe a existência de personalidade jurídica e nem sequer de uma sociedade⁴⁸. Basta que determinado conjunto de bens seja destacado – voluntariamente ou por força de lei – do restante do patrimônio de determinado sujeito, com determinada finalidade, para que sobre este conjunto de bens incida a limitação de responsabilidade. *Uma das formas de se obter isto é pela constituição e registro de determinados tipos societários*. Não obstante, há também casos em que o legislador autoriza a formação de patrimônio separado por razões diversas, como sucede com o *trust*, no Direito norte-americano, e no Brasil com as várias espécies de patrimônios especiais⁴⁹, como o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias

⁴⁷ Sobre o tema, proveitosas são as considerações de: ALSINA, Jorge Bustamante. La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1977-D-481.

⁴⁸ Vide, por exemplo: DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização Societária: Financiamento e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65. “[...] a definição do sistema de garantia de credores, então, não pode ser encontrada no direito brasileiro a partir da existência ou não da personalidade jurídica. O sistema brasileiro se construiu sobre outros pressupostos. Nas sociedades brasileiras o patrimônio é separado da pessoa dos sócios e o tipo societário determinará a existência de responsabilidade solidária, subsidiária ou de limitação de responsabilidade ao capital investido.”

Calixto Salomão Filho assim resume a discussão: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 350. “Na doutrina comercialista atual estas opiniões se tornaram cada vez mais difusas. Pode-se dizer inclusive que atualmente a personalidade jurídica não é mais objeto de interesse para a doutrina comercialista.”

⁴⁹ É preciso reconhecer que a limitação de responsabilidade atrelada à existência de patrimônios especiais admite múltiplas possibilidades de entendimento. Para evitar ambiguidades, adota-se *ipsis litteris* a lição de Calixto Salomão Filho: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 189. “A expressão *patrimônio separado* é equívoca. Tem na doutrina atual dois sentidos: em primeiro lugar, fala-se em patrimônio separado com relação àquelas massas patrimoniais que ficam sujeitas a um regime distinto dos demais componentes do patrimônio de uma pessoa. Assim, por exemplo, o dote e os bens dos cônjuges em comunhão.

instituído pela Lei nº 10.931/2004⁵⁰. Nestes casos, *a limitação de responsabilidade pode ser alcançada independentemente da constituição de pessoa jurídica*.

O Código de Processo Civil atenta para este ponto ao determinar, no art. 591, que o devedor responde, para com o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, “*salvo as restrições estabelecidas em lei*”. Ou seja, a lei brasileira pode – e deve - instituir formas de limitação de responsabilidade diversas da personificação societária.

Calixto Salomão Filho elucida definitivamente a questão demonstrando que não se deve confundir a existência de um patrimônio, único responsável pelo adimplemento de certas obrigações, com a existência de pessoa jurídica, pois *centros autônomos de imputação de direitos e deveres*⁵¹, ainda que despersonificados, também podem ser titulares de patrimônio, gozando de responsabilidade limitada. Nas palavras desse autor:

[...] hoje a doutrina predominante nega a idéia da unidade do patrimônio que impedia o reconhecimento de formas não personificadas de patrimônio especial. Falar em princípio da unidade do patrimônio implica confundir as noções de patrimônio e a de personalidade. Se o patrimônio é necessariamente uno, ele não seria um conjunto de bens, mas sim a própria aptidão para contrair direitos e obrigações. Nesse momento, tornar-se-ia um conceito inútil. A doutrina moderna, seguindo e

Mas o sentido mais comum em que é entendida a expressão ‘patrimônio separado’ é o que de alguma forma vincula a expressão à limitação de responsabilidade.

Deve-se dizer *de alguma forma*, pois limitação de responsabilidade tem por sua vez vários sentidos. Pode significar impossibilidade de responsabilizar *o patrimônio separado* pelas dívidas do seu titular (é o caso do bem de família, por exemplo). Pode ainda significar que os credores por dívidas oriundas dos bens separados não terão acesso aos bens de seu titular (é o caso do espólio em relação ao herdeiro). Pode por fim significar ambas as coisas, ou seja, a limitação em ambos os sentidos.

É esse o significado que mais interessa a este estudo, já que é o mais ligado à gênese da separação patrimonial em matéria empresarial, individualizada na sua afetação a determinada atividade. A separação patrimonial instrumental a essa afetação é exatamente aquela que permite ao comerciante limitar seu risco (impedindo que dívidas oriundas de sua atividade comercial ameacem seu patrimônio pessoal) e garante os credores por dívidas oriundas da atividade praticada com o patrimônio separado (assegurando que aquele patrimônio é a garantia de sua dívida e que portanto eles não terão a *concorrência* dos credores particulares do titular do patrimônio). Nesse sentido é normalmente entendida a expressão patrimônio separado.”

⁵⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.931. Brasília: 02.08.2004. “Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.”

⁵¹ A teoria dos centros autônomos de imputação, que permite desvencilhar a desconsideração do conceito de personalidade jurídica (opção adotada neste trabalho) foi primeiramente desenvolvida por Müller-Freienfels, já na década de 50 do século passado: MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht, In: *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957.

desenvolvendo a teoria de Brinz, tende a considerar o vínculo do patrimônio *objetivo* e não *subjetivo*. Define-se patrimônio como “o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado”, admitindo portanto patrimônios gerais e patrimônios especiais⁵².

Com efeito, todo sujeito goza de patrimônio geral, que responde integralmente pelas obrigações contraídas por este sujeito. Nada obsta, entretanto, que *parcelas desse patrimônio* sejam destacadas – voluntariamente ou por força de lei – para serem tratadas como centro autônomo de imputação de direitos e deveres, respondendo exclusivamente pelas obrigações contraídas em decorrência da razão que as levou a serem destacadas. Quando isto se dá por *determinação legal*, é a norma jurídica quem fixa a razão pela qual o patrimônio foi separado, bem como os limites desta dissociação. Diversamente, se a separação decorre de *ato voluntário* – como a conduta do sócio que integraliza cotas de uma sociedade – a prerrogativa da limitação de responsabilidade é consequência do fato de que esse sujeito abre mão do poder de dispor sobre tais bens, os quais passam a ser geridos como centro autônomo de imputação de direitos e deveres, adquirindo o antigo titular, unicamente, direito de crédito sobre os resultados do empreendimento. Como já se demonstrou, este é o fundamento da limitação voluntária de responsabilidade dos sócios desde o Direito Romano.

Por tais razões, *é equivocado associar automaticamente limitação de responsabilidade à aquisição de personalidade jurídica, ou mesmo à constituição de sociedade, como se os institutos fossem sinônimos*⁵³. Basta verificar que a limitação de

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 36.

⁵³ Neste ponto, apesar da admiração que este autor nutre por Menezes Cordeiro, é preciso divergir dele. Ao conceituar *pessoa colectiva* (termo comumente utilizado em Portugal, como sinônimo de pessoa jurídica), Menezes Cordeiro adota a definição de que *toda pessoa seria um centro autônomo de imputação de direitos e deveres*. Caso este centro corresponda a um ser humano, haverá uma *pessoa singular*. Nos demais casos, segundo o mencionado tratadista, estar-se-á diante de uma *pessoa colectiva*.

Inegável que as pessoas – sejam físicas ou jurídicas – constituem um centro autônomo de imputação de direitos e deveres. A falha na afirmação do jurista português consiste na omissão, em seu raciocínio, ao fato de que *também há centros de imputação reconhecidos pelo Direito, mas que não se resumem ao conceito de pessoa*. Além dos patrimônios de afetação, já referidos no texto, outros exemplos existem.

Portanto, a crítica que aqui se faz é no sentido de que a definição de Menezes Cordeiro é correta, porém *incompleta*. Ela acaba por associar, implicitamente, o conceito de centros de imputação ao de pessoa quando, na realidade, se trata de conceitos que *podem* se relacionar, mas que *não se confundem*. Nem todo centro de imputação que não seja pessoa física insere-se, automaticamente, no conceito de pessoa colectiva.

Eis o trecho comentado: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 73. “Em Direito, pessoa é, pois, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. A pessoa é singular, quando esse centro corresponda a um ser humano; é colectiva – na terminologia portuguesa – em todos os outros casos. Na hipótese da pessoa colectiva, já se sabe que entrarão, depois, novas normas em acção de modo a concretizar a ‘imputação’ final dos direitos e deveres.”

responsabilidade pode decorrer de formas outras, que não a societária, como ocorre com os patrimônios de afetação⁵⁴. Inversamente, a constituição de uma sociedade não assegura, por si só, limitação de responsabilidade dos sócios, tal como sucede com as sociedades em comum, na qual estes respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais⁵⁵, pois, salvo pacto expresso em contrário, todos conservam o poder de disposição sobre o capital social⁵⁶, independentemente da formação do patrimônio separado a que alude o art. 988 do Código Civil. Mesmo a aquisição de personalidade jurídica não é garantia da limitação de responsabilidade. Basta ver o exemplo das sociedades em nome coletivo, cuja responsabilidade ilimitada decorre do fato de que todos os sócios podem gerir o fundo comum, diretamente, como se dele fossem donos⁵⁷. Tais exemplos reforçam o entendimento aqui sustentado de que *a limitação de responsabilidade dos sócios decorre não da constituição de sociedade, ou mesmo de seu registro*⁵⁸, *mas sim da perda do poder*

⁵⁴ Nesse sentido, também, a lição de Fábio Konder Comparato: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 344-345. “O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los. E o direito comercial tem, nesse particular, importantes exemplos históricos, como a parceria marítima, as sociedades ditas irregulares ou a sociedade em conta de participação. No curso da História, são numerosos os exemplos de técnicas jurídicas de gestão de um patrimônio, em benefício coletivo, sem a criação de uma pessoa coletiva. No Direito romano, o patrimônio dos *collegia* e das *sodalitates* pertencia a um só dos seus membros. A *corporation sole*, do velho direito inglês, compreendia a coroa e os officios eclesiásticos, tais como o bispo e o do vigário. O *trust* alcança o objetivo da separação patrimonial sem personalização, assim como a propriedade em mão comum do direito germânico.”

⁵⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.”

⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.”

⁵⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.”

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 183. “Não se trata de negar que as sociedades em nome coletivo sejam titulares de um capital que, no caso brasileiro, tem, por força da norma do artigo 997, III, do Código Civil, constituição obrigatória. Nesse caso, todavia, as entradas de capital (meios essenciais de produção) não são alienadas, para a formação do capital, sem que delas os sócios retenham um *poder residual de disposição*. Em verdade, os sócios remanescem agindo como ‘donos’ do patrimônio, pela determinação conjunta de seu uso empresarial. A personificação da sociedade é, dessa forma, determinante apenas para que integre o conjunto de co-empresários. Sócios e sociedade organizam – em mão comum – os meios de produção necessários ao exercício da empresa. *Apropriam-se*, conjuntamente, dos fatores de produção. Disso decorre a responsabilidade solidária e ilimitada a que se refere o artigo 1.039 do Código Civil.”

⁵⁸ Uma vez que o registro é requisito para aquisição de personalidade jurídica, conforme art. 45 do Código Civil.

de disposição sobre os fundos sociais, os quais passam a ser geridos como centro autônomo de imputação de direitos e deveres.

1.3 – Função prática da limitação de responsabilidade dos sócios e sua importância nas sociedades limitada, anônima e na empresa individual.

A importância histórica da limitação de responsabilidade como fator de estímulo ao desenvolvimento econômico e ao próprio progresso da humanidade já foi assaz destacada pelos mais renomados juristas e historiadores. Em texto clássico, Levin Goldschmidt pontuou a importância das sociedades cujos sócios tinham responsabilidade limitada ao valor de sua participação no patrimônio social como uma das principais ferramentas capazes de viabilizar as expedições ultramarinas, que redundaram na “conquista do novo mundo”, além de promover maior integração entre os povos⁵⁹. Indo além, ao analisar momento histórico posterior da humanidade, qual seja, a revolução industrial, Georges Ripert rotulou as sociedades anônimas como “máquinas do capitalismo”, por estimularem a iniciativa empreendedora nos mais diversos setores produtivos. Destacou o jurista francês que as sociedades anônimas, justamente por possibilitarem a limitação de responsabilidade dos sócios, foram gradativamente absorvendo as atividades antes desempenhadas por empresários individuais:

Desde um século [refere-se à segunda metade do século XVIII, pois o original do trecho citado foi escrito em 1951], não são mais os homens que detêm as grandes posições do comércio e da indústria; foram eliminados pelas sociedades por ações. Nenhum fato é mais importante do que este para a compreensão do regime capitalista⁶⁰.

Em um panorama sobre a evolução histórica e econômica da humanidade, Max Weber também destacou a importância da limitação de responsabilidade patrimonial, sobretudo nas sociedades anônimas, como fator indispensável ao surgimento do moderno

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Tradução: Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Utet, 1913. p. 33; 227.

⁶⁰ RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas: Red, 2002. p. 66-67.

capitalismo⁶¹. A essa mesma conclusão, com algumas variantes, também chegaram outros eminentes juristas, como Tullio Ascarelli⁶², Francesco Galgano⁶³ e Robert Thompson⁶⁴.

Tanto isto é verdade que as *sociedades limitadas* surgiram com o escopo de *estender a limitação de responsabilidade dos sócios* - traço já característico das sociedades anônimas - a número maior de pessoas, por meio da criação de tipo societário que permitisse limitar a responsabilidade dos membros sem a necessidade de adotar estrutura administrativa tão burocrática e complexa quanto à das companhias⁶⁵. Ou seja, a própria criação das sociedades limitadas na Alemanha⁶⁶, com sua posterior disseminação nos mais diversos países, já sinalizava tendência de expansão da responsabilidade limitada, capaz de

⁶¹ WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Tradução: Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editôra Mestre Jou, 1968. p. 252. “Para a economia moderna, a emissão de valores é o meio mais racional da formação de capital. Representa, em primeiro lugar, nesta ordem de coisas, a sociedade anônima [...]”

⁶² ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 465.

⁶³ GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 64-65.

⁶⁴ THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991. p. 1039. “Limited liability encourages development of public markets for stocks and thus helps make possible the liquidity and diversification benefits that investors receive from those markets. Without limited liability, the risk each investor would face in investing in an enterprise would turn in part on the wealth of other investors. Such a system would have search costs and other costs which would likely lead investors to make a few larger investments where risk-assessment information was accessible, and perhaps entail a reduced level of economic activity across the entire economy.”

Isto para restringir a referência apenas aos comercialistas. Em outras áreas do Direito, porém, a ideia é igualmente aceita. Por todos, confira-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 115-116. “Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e o dos sócios, um dos principais avanços (e, porque não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas.”

⁶⁵ LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 47-48. “A necessidade da criação de uma sociedade que proporcionasse a limitação da responsabilidade de seus sócios sem a complexidade e a rigidez inerentes às sociedades anônimas mobilizou a Alemanha, por volta de 1870, e culminou com a lei de 20 de abril de 1892, inspirada em antigas sociedades do direito germânico: a *Reederei* (consórcio de armadores) e a *Gewerkschaft* (sociedade montanística de mineradores).”

Confira-se, também, a lição do jurista mexicano Jorge Barrera Graf: GRAF, Jorge Barrera. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2008. p. 368. “Los comerciantes y los juristas alemanes que abogaron por la creación de esta nueva figura social y que la hicieron posible en la Ley de 1892, fueron motivados por el auge del comercio y de la industria que tuvo lugar en su país con posterioridad a la guerra franco-prusiana de 1870; quisieron construir una pequeña sociedad de capitales, en la que participaran activamente los socios, cuyo número se limitara para el efecto de que quedaran vinculados entre sí, y no fuera fácil, como en la anónima, su substitución por terceros.”

No mesmo sentido: TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005. p. 1048.

⁶⁶ Houve, durante algum tempo, discussão doutrinária a respeito do pioneirismo na instituição de sociedades limitadas, se pertencente à Alemanha (como sustenta a corrente majoritária) ou à Inglaterra: REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 456. “O surgimento das sociedades por cotas de responsabilidade limitada está envolto em viva controvérsia. Uns consideram-na de origem britânica e outros, alemã. Deve-se essa divergência ao uso que a legislação inglesa fez da expressão *limited*, secundada pela legislação francesa de 1863, que instituiu uma sociedade anônima impropriamente denominada de *société à responsabilité limitée*.”

ser obtida por instrumentos cada vez menos complexos, a fim de estimular o empreendedorismo.

Destarte, pode-se dizer que a limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres – por metonímia, a limitação de responsabilidade dos sócios – desempenhou papel de relevo na evolução histórica da humanidade. Ela contribuiu para estimular o ingresso de novos agentes no mercado, reduzir custos de transação, facilitar a circulação de riquezas e, conseqüentemente, favorecer para o progresso.

O Brasil insere-se neste contexto. Vários juristas pátrios destacaram a importância da limitação de responsabilidade, tanto no âmbito privado (como forma de se delimitar o risco em que incorrerá o investidor) quanto no aspecto macroeconômico. Emblemática, a esse respeito, foi a tese de cátedra de Sylvio Marcondes⁶⁷.

Ocorre que as estatísticas do DNRC - Departamento Nacional de Registro do Comércio demonstram que *a limitação de responsabilidade do empresariado nacional resta extremamente concentrada em apenas dois tipos societários: as companhias e as sociedades limitadas*. Com efeito, os dados deste Departamento apontam que aproximadamente 99% das sociedades empresárias registradas no país pertencem a algum desses tipos⁶⁸. Isto decorre do fato de o Brasil, até bem pouco tempo, não possuir formas de limitação de responsabilidade do empresário individual. Assim, era necessário lançar mão de outrem, ainda que fosse alguém sem qualquer engajamento com a empresa, como o tradicional “laranja” ou “testa de ferro”, para constituir sociedade pluripessoal e obter a limitação de responsabilidade.

A fim de evitar esse tipo de prática, vários países europeus começaram a desenvolver formas de se delimitar a responsabilidade do próprio empresário individual, desaguando num modelo comunitário⁶⁹ de *sociedade unipessoal*⁷⁰, pelo menos desde a

⁶⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1956. 350 f. Tese (Professor Catedrático de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1956. p. 50. “A evolução atual das formas de empresas privadas caracteriza-se pela tendência de querer limitar os riscos da exploração aos fundos investidos na empresa.”

⁶⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO – DNRC. Estatísticas. Brasília: DNRC. Disponível em <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 10.02.2011. Estatísticas mais recentes disponíveis na época da elaboração desta pesquisa, pois os dados relativos aos anos de 2006 a 2009 ainda estavam segmentados, ou seja, não reunidos e consolidados com as informações dos anos anteriores.

⁶⁹ Marco Cassottana e Antonio Nuzzo destacam que, apesar de algumas divergências doutrinárias, o posicionamento dominante é o de que o sistema comunitário europeu admite formas de limitação de responsabilidade do empresário individual desde 09 de março de 1968, em razão da *Prima Diretiva Del Consiglio*, cujo art. 11, f dispunha que a constituição de sociedades com único sócio seria reprimida *quando*

década de 60 do século passado. O Brasil, porém, não acompanhou essa evolução⁷¹, tanto assim que o Código Civil de 2002, em sua redação originária, não trazia qualquer disposição acerca da limitação de responsabilidade do empresário individual⁷². E isto não por falta de bons estudiosos do assunto, já que em 1956 – mais de uma década antes da primeira Diretiva da Comunidade Europeia sobre o tema – o professor Sylvio Marcondes Machado já havia concluído sua tese de cátedra sobre a limitação de responsabilidade do então comerciante individual⁷³. Curiosamente, este jurista também foi o idealizador do Livro II do Código Civil, dedicado ao Direito de Empresa. E parece não ter sido por

contrariasse o ordenamento jurídico de cada Estado membro. A contrario sensu, portanto, nos Estados em que não houvesse essa proibição, seria admissível a constituição de sociedades unipessoais.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 45-46.

A mencionada Diretiva está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/consleg/1968/L/01968L0151-20040501-it.pdf>>. Acesso em: 11.02.2011.

⁷⁰ Aqueles que se apegam à noção tradicional de contrato costumam criticar fortemente o termo “sociedade unipessoal”, por entender que não poderia haver acordo de vontades na presença de um sócio único. Assim, por exemplo: FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 180.

Contudo, migrando-se para o paradigma do contrato associativo, pode-se compreender no que consiste, de fato, a sociedade unipessoal: FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Giuffrè, 1976.

Vide, ainda: SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 61-62. “Como visto, a aceitação da sociedade unipessoal parte da constatação de que uma vez vista a sociedade como instituição ou como organização e uma vez introduzida uma disciplina compatível com tal definição o número de sócios é absolutamente irrelevante.

Tiradas as conseqüências lógicas desse tipo de raciocínio, não apenas a sociedade unipessoal como também a sociedade sem sócio deve ser admitida.

Não sendo o interesse social redutível ao interesse particular do sócio e sendo definido, como visto, a partir da interação entre interesse à produção de lucros e à preservação da empresa, a identidade de sócios passa a ser desnecessária. [...] Na verdade, a principal característica da sociedade de capital (a *Körperschaft* alemã) é sua independência em relação aos acontecimentos e mudanças existentes no grupo de sócios. É essa independência que faz com que uma sociedade possa existir sem nenhum sócio atual, mas apenas com a simples perspectiva de um futuro sócio.”

⁷¹ Não se desconhece, evidentemente, as sociedades unipessoais do Direito Administrativo, como a empresa pública, nem, tampouco, a subsidiária integral de sociedades anônimas. Admissível, ainda, a unipessoalidade superveniente e temporária, nos termos do art. 1.033, IV do Código Civil e art. 206, I, *d* da Lei nº 6.404/1976.

O que se quis dizer é que o país ainda não possuía um modelo de limitação de responsabilidade do empresário individual *pessoa física*.

⁷² O que, aliás, lhe rendeu profundas críticas: FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 185. “Cumprir destacar que o Projeto de Código Civil unificado, em tramitação no Congresso Nacional desde a década de setenta, silenciou-se quanto ao tema da limitação da responsabilidade do empresário individual. Causa espécie tal fato, porque o elaborador do livro do Direito de Empresa, constante do Projeto, foi Sylvio Marcondes, que, em 1956, publicou uma obra intitulada Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual.”

⁷³ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1956. 350 f. Tese (Professor Catedrático de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1956.

Digno de nota, também, o enfoque original do estudo de Aroldo Plínio Gonçalves, o qual demonstrou, *por meio de entrevistas com empresários* de vários segmentos, que a quase unanimidade deles era favorável à instituição de alguma forma de limitação de responsabilidade do empresário individual no Brasil:

descuido, mas por prudência que ele deixou de inserir a sociedade unipessoal no Código. Com efeito, o professor Sylvio Marcondes teria optado por primeiro analisar os resultados produzidos pelo instituto no Direito Europeu para, somente então, refletir sobre qual a melhor maneira de se adaptá-lo à realidade nacional⁷⁴. Ocorre que desde a redação originária, por ele produzida na década de 70, até a efetiva publicação do Código Civil em 2002, passaram-se mais de três decênios. Destarte, eventual omissão deve ser debitada à conta de outros responsáveis, que conduziram os trabalhos legislativos a partir de então, nunca ao professor Sylvio Marcondes, falecido antes que o Código entrasse em vigor.

Esse atraso do sistema brasileiro em relação ao modelo europeu somente começou a ser vencido em 2011, quando foi publicada a Lei nº 12.441, alterando o Código Civil para permitir a constituição de *empresas individuais de responsabilidade limitada - EIRELI*⁷⁵. O novo instituto pode ser criado a partir de *declaração unilateral de vontade*, semelhante ao ato praticado pelo instituidor de uma fundação. Ainda que a lei sugira tratar-se de sociedade unipessoal (como faz o art. 980-A, § 6º, ao impor regência supletiva da EIRELI pelas normas da sociedade limitada⁷⁶), não parece ser esta a natureza jurídica do novo instituto. Na verdade, *trata-se de limitação de responsabilidade por mera separação patrimonial, sem a constituição de sociedade*. Consequentemente, aplicam-se as tradicionais críticas a esse modelo, como advertira Calixto Salomão Filho ao discorrer sobre o estabelecimento empresarial de responsabilidade limitada no Direito Português⁷⁷.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Sociedades por quotas de responsabilidade limitada: fundamentos para um anteprojeto de lei. In: CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

⁷⁴ Tanto assim que na época em que elaborou sua tese de cátedra, Sylvio Marcondes concluíra que apenas Liechtenstein, em toda a Europa, havia regulamentado o tema: MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1956. 350 f. Tese (Professor Catedrático de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1956. p. 27. “A generalidade dos ordenamentos jurídicos desconhece a sociedade constituída originariamente por um único sócio, que, parece, somente é possível na lei do Liechtenstein [...]”

⁷⁵ Instituto a ser mantido no Projeto de Novo Código Comercial, como esclarece seu mentor, Fábio Ulhoa Coelho: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12-13. “[O Anteprojeto] propõe que o direito societário brasileiro ombreie-se com o de outros países, introduzindo a sociedade empresária unipessoal. Não há motivos lógicos ou econômicos para insistir na pluripessoalidade *pro forma* – o empreendedor chama alguém de sua confiança para atribuir-lhe participação mínima no capital somente para atender à exigência, no mínimo, dois subscritores.

O institucionalismo, por outro lado, já resolveu a questão no plano jurídico. Ademais, não há nenhuma dificuldade na fiscalização da sociedade empresária unipessoal que não exista, desde logo, na da sociedade pluripessoal *pro forma*.”

⁷⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.441. Brasília: 11.07.2011. “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

[...]”

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.”

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 200-201. “A consequência das formas não societárias é uma drástica redução da capacidade de circulação da empresa e

Tanto assim que o Direito Comunitário Europeu optou pela sociedade unipessoal em detrimento desse modelo.

Além dessa crítica central, outras considerações devem ser feitas à Lei nº 12.441/2011, não de maneira vazia, mas para manter a coerência com as ideias desenvolvidas no texto. Com efeito, ela optou por moldar a sociedade unipessoal como *nova espécie de pessoa jurídica de Direito Privado*, inserindo-a no rol do art. 44 do Código Civil, juntamente com as associações, fundações e sociedades, além dos partidos políticos e organizações religiosas (que nada mais são do que espécies de associação). Ou seja, *dotou-a de personalidade jurídica como forma de justificar a limitação de responsabilidade*. Todavia, já foi visto à saciedade neste estudo que limitação de responsabilidade não exige, necessariamente, que haja personalidade jurídica. Ao contrário, parece ser perfeitamente possível conferi-la a massas patrimoniais despersonalizadas, originando patrimônios especiais, destacados do patrimônio geral de seu titular. É isto que deveria ter sido feito no caso. De fato, *não era necessário criar nova espécie de pessoa jurídica apenas para limitar a responsabilidade do empresário individual à parcela de seu patrimônio destacada ao exercício da empresa*. O mesmo efeito poderia ter sido alcançado, de maneira mais simples, caso o legislador tivesse disposto que o conjunto de bens destinado ao exercício da empresa, desde que observadas certas formalidades⁷⁸, passaria a constituir patrimônio separado, o qual não responde pelas dívidas pessoais de seu titular, estranhas à atividade empresarial. Algo semelhante ao patrimônio destacado do empresário incapaz que ingressa em sociedade, nos termos do art. 974, § 2º do Código Civil⁷⁹. Em suma, a Lei nº 12.441/2011 traz mais um exemplo de

de sua liquidez. Esses problemas traduzem-se na impossibilidade de venda parcial da empresa sem transformação de forma, ou seja, sem transformá-la previamente em sociedade. Torna-se, portanto, mais difícil a venda parcial com manutenção do controle, objetivando mera capitalização. De outro lado, reduz-se a possibilidade de preservação da empresa em caso de morte do empresário. Objeto da sucessão são diretamente os bens da empresa e não, como nas sociedades de capital, ‘os bens de segundo grau’ representados pelas ações e pelas quotas.”

⁷⁸ A doutrina, inclusive, já aponta quais deveriam ser essas formalidades: SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. Sociedade Unipessoal como solução organizativa da empresa. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 509. “[...] a exigência de escritura pública e registro da conversão em unipessoal; a vedação expressa de realização de negócios entre sociedade e sócio, mesmo em condições adequadas; a exigência de capital mínimo; a prestação de caução em caso de integralização parcial do capital, entre outras medidas que deverão ser ponderadas de acordo com a realidade econômica à qual servirá.”

⁷⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

[...]

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.”

associação desnecessária entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada, como se os institutos fossem sinônimos ou tivessem alguma correlação intrínseca. Isto vai diametralmente contra as razões históricas, já estudadas, que demonstram fundar-se a limitação de responsabilidade na perda do poder direto de disposição do sócio sobre os bens sociais.

Importante deixar claro que além de sua contribuição histórica, *a limitação de responsabilidade* – quer nas sociedades limitada e anônima, quer na empresa individual de responsabilidade limitada – *desempenha também importante função macroeconômica*, na medida em que permite ao empresário *delimitar o risco* decorrente de sua atividade⁸⁰, estimulando investimentos e favorecendo o progresso social⁸¹.

Se, por um lado, toda atividade traz certo grau de risco⁸², por outro, em alguns casos é a própria existência desse risco que estimula certos investimentos⁸³, na expectativa de se obter retorno superior aos padrões do mercado, como ocorre com as ações e os

⁸⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 176. “Resta patente, portanto, que a limitação da responsabilidade patrimonial tem um importante papel no mercado. Fazendo-se uma análise econômica, pode-se dizer que, quando o empresário tem sua responsabilidade limitada, ou seja, quando ele tem controle de seus riscos, o produto de sua atividade torna-se menos oneroso ao mercado. Atividades de alto grau de risco demandam maior remuneração, o que repercute no elevado preço de produtos e serviços. Ademais, a limitação da responsabilidade concorre para que haja constantes investimentos em atividades econômicas, isto é, coopera para o progresso.”

Do mesmo teor: PUGA VIAL, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima: y otras sociedades por acciones em el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 69.

⁸¹ Comungando desse entendimento: FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 155.

⁸² Na realidade, toda transação envolve risco, já que sempre existe a possibilidade de algo sair diverso do planejado: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 131. “Almeja-se o *risco zero*, que não existe. Hoje, os maiores estudiosos da matéria mostram que o gerenciamento dos riscos é fundamental, mas que o *risco zero* é uma utopia, pois sempre haverá um risco residual, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos.”

No entanto, é patente o fato de que certos contratos, como aqueles citados no corpo do texto, apresentam um componente variável ainda maior, o que os torna mais arriscados.

⁸³ MOTTA, Carlos. Princípios da Proteção Negocial e Jurídica para Empreendedores em Tecnologia. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2. p. 249. “A idéia de que o risco pode assustar investidores é errada. O risco é o que os atrai. Entretanto, qualquer pessoa possui certo limite ao risco que quer correr e por essa razão é que o detalhamento dos possíveis riscos é uma ferramenta que pode até aumentar o valor do investimento. Uma vez mensurado o risco, os investidores poderão saber até quanto podem investir ou, até mesmo, não investir.”

No mesmo sentido: COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison-Wesley, 2000. p. 47. “Economists presume that most people are averse toward risk, but some people are either neutral toward risk or, like gamblers, rock climbers and race car drivers, prefer risk. Like aversion, these attitudes toward risk may also be defined in terms of the individual’s utility function in money income and the marginal utility of income.”

derivativos⁸⁴. Em qualquer hipótese, porém, a *limitação de responsabilidade desempenha papel fundamental, pois propicia ao interessado a possibilidade de saber, de antemão, qual será o limite de suas perdas em caso de insucesso do empreendimento*, ao invés de comprometer todo o seu patrimônio. Em outras palavras, quem exerce qualquer atividade amparado pela limitação de responsabilidade (mesmo nas chamadas “atividades de risco”) sabe antecipadamente o montante que será perdido em caso de insucesso, podendo decidir se vale a pena ou não correr o risco. Consequentemente, as normas jurídicas acerca da limitação de responsabilidade funcionam como *parâmetro para a tomada de decisões*. Devem, portanto, ser precisas, estáveis e previsíveis, razão pela qual Max Weber adota a expressão *direito calculável*⁸⁵, enquanto Natalino Irti defende uma *ordem jurídica para o mercado*⁸⁶, consistente na definição de parâmetros normativos para embasar a tomada de decisões por parte dos empresários, consumidores, trabalhadores e demais agentes do mercado. Ou seja, as vantagens trazidas pela limitação de responsabilidade não se circunscrevem ao campo privado dos sujeitos por ela beneficiados. Ao contrário, transcendem a ótica particular para beneficiarem a sociedade como um todo, na medida em que favorecem o funcionamento do mercado, conferindo-lhe segurança jurídica, estimulando investimentos no desenvolvimento de novos produtos e serviços, possibilitando a redução de custos, etc.

Por tudo isso se afirma que incertezas quanto ao alcance e aos fundamentos da responsabilidade limitada podem comprometer o funcionamento do mercado, prejudicando o desenvolvimento econômico e social do País. Como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica atua justamente em detrimento da referida limitação, os próximos capítulos dedicam-se a conceituá-la, compreendê-la e delimitá-la, evitando que sua aplicação gere efeitos nocivos.

⁸⁴ Sobre a negociação com derivativos, recomenda-se: PARKER, Edmund. *Credit Derivatives: Documenting and Understanding Credit Derivative Products*. London: Globe Law and Business, 2007.

Consulte-se, em caráter complementar: SAMPAIO, Francisco José Marques. Mercados Derivativos: aspectos jurídicos e suas semelhanças e dessemelhanças com o jogo e a aposta. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 107-118, jan./mar. 2002.

⁸⁵ Weber considera o “direito calculável” como uma condição prévia ao desenvolvimento do próprio sistema capitalista: WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Tradução: Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editôra Mestre Jou, 1968. p. 251. “Direito racional, isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas.”

⁸⁶ IRTI, Natalino. *L’Ordine Giuridico del Mercato*. Roma: Laterza, 2001. p. 5. “Nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo pressuppongono o lo lasciano argomentare. *Ordine*, nel senso di *regolarità e prevedibilità dell’agire*: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l’agire, proprio e altrui, è governato da regole [...]”

CAPÍTULO II

A DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA

Estude o passado, se quiseres decifrar o futuro. (Confúcio)

2.1 – Introdução.

A fraude é elemento intrínseco à convivência humana, devendo ser sempre combatida pelo Direito⁸⁷. Campo especialmente propício à celebração de negócios fraudulentos é aquele que envolve transferências patrimoniais entre sociedade e sócio com responsabilidade limitada. Ao contrário de outras situações, nas quais a limitação de responsabilidade patrimonial decorre de imposição da lei, como em certos patrimônios especiais, aqui ela é arquitetada pelo próprio sujeito que dela pretende se beneficiar, a partir de declaração de vontade mais suscetível de ser dada com intuito fraudulento. Assim, é no campo societário que com maior frequência a limitação de responsabilidade costuma ser utilizada contra as razões históricas que a condicionam.

Com efeito, o ordenamento jurídico dispõe de vários instrumentos para combater os desvios de conduta, um dos quais é a teoria do abuso de direito. Por *abuso de direito* entende-se “o exercício inadmissível de posições jurídicas”⁸⁸, ou, na definição mais analítica de Teresa Ancona Lopez⁸⁹, “*abuso do direito é o ato antijurídico cometido pelo titular de um direito, que ao exercê-lo excede os limites impostos pelos valores éticos e sociais do sistema, principalmente a boa-fé, os bons costumes e a finalidade social e econômica do direito.*”

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n.º 102, p. 68-88, abr./jun. 2001. p. 68.

Em trabalho posterior, escrito em conjunto com Juliana Cordeiro de Faria, o professor Humberto Theodoro Júnior aprofundou o raciocínio citado no texto, fazendo referência à repressão da fraude em diversos ramos do Direito: THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 931-932.

⁸⁸ Conforme conhecida definição de Menezes Cordeiro: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 879.

O abuso de direito encontra-se, atualmente, positivado no Código Civil: BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁸⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 885, p. 49-62, jul. 2009. p. 55.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada *derivação* dessa ideia maior de abuso do direito⁹⁰, por ser técnica *aplicável especificamente a fim de coibir abusos da limitação de responsabilidade cometidos por meio de centros autônomos de imputação de direitos e deveres*, quando tal limitação for utilizada contra as razões históricas, econômicas e sociais que a condicionam.

2.2 – Conceito e Efeito.

Já se destacou o fato de que a desconsideração da personalidade jurídica é um dos mais decantados institutos do Direito, tendo despertado a atenção de importantes nomes do cenário jurídico, tanto nacional quanto internacional. Todavia, o tema ainda suscita importantes discussões, a ponto de alguns autores afirmarem que o instituto é como um relâmpago: raro, causador de severos danos e totalmente desprovido de princípios⁹¹. Na contramão desse entendimento, este capítulo visa a demarcar em bases científicas quais são os pressupostos, os efeitos, o alcance e, de modo geral, o funcionamento da desconsideração da personalidade jurídica.

No Brasil, essa teoria começou a ser delineada com base no art. 20 do revogado Código Civil de 1916⁹², o qual dispunha que “as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”. Consequentemente, obrigações assumidas pela pessoa jurídica somente desta poderiam ser exigidas, nunca de seus integrantes. Este dispositivo, na realidade, era a positivação do *princípio* maior segundo o qual a pessoa jurídica constitui centro autônomo de decisões, único responsável pelos direitos e deveres que contrair (no

⁹⁰ Assim entende, por exemplo: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999. p. 225-226. “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica repousa sobre a teoria do abuso de direito que, por sua vez, lança raízes em alguns princípios gerais de direito, assim enunciados: *jus est ars boni et aequi* (o Direito é a arte do bom e do justo); *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não prejudicar a ninguém, dar a cada um o que é seu).”

Igualmente: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *Il Nuovo Diritto Societario*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2006. v. 29. t. I. p. 172-173. “Fra abuso del diritto e abuso della personalità giuridica c’è un evidente rapporto di continuità: l’abuso della personalità giuridica altro non è, a ben guardare, se non l’abuso dei diritti nascenti dalle norme che la legge riassume nel concetto di persona giuridica [...], fra i quali principalmente il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della persona giuridica, ossia il beneficio della responsabilità limitata.”

⁹¹ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*. n.º 52. 1985. p. 89. “piercing [the corporate veil] seems to happen freakishly. Like lightning, it is rare, severe and unprincipled.”

⁹² Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

brocardo latino: *societas distat a singulis*)⁹³. Como todo princípio, ele *não é absoluto*, devendo ceder, no caso concreto, quando em confronto com outros valores⁹⁴.

O primeiro jurista a tratar do assunto no país foi Rubens Requião, no final da década de 60 do século XX⁹⁵. Ele concebeu a desconsideração da personalidade jurídica como instrumento para relativizar esse princípio, nos casos em que a separação patrimonial fosse utilizada de forma abusiva. Para ele, a desconsideração da personalidade jurídica não seria “*a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso ilegítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)*”⁹⁶. Perceba-se na passagem citada a existência de clara associação entre personalidade jurídica e limitação de responsabilidade⁹⁷, aspecto já questionado no Capítulo I, pois – não custa frisar – a limitação de responsabilidade pode se fazer presente também em centros autônomos desprovidos de personalidade jurídica.

⁹³ Justamente por constituir um princípio, o qual transcende o Direito positivado, é que a revogação do art. 20 do Código Civil de 1916 - que não encontra correspondente no atual Código Civil – por si só não o suprime do sistema jurídico. Cabe, porém, fazer uma releitura contemporânea desse princípio.

⁹⁴ No mesmo sentido a definição norte-americana: THOMPSON, Robert Blakey. *Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study*. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991. p. 1036-1037. “As a general principle, corporations are recognized as legal entities separate from their shareholders, officers, and directors. Corporate obligations remain the liability of the entity and not of the shareholders, directors, or officers who own and/or act for the entity. ‘Piercing the corporate veil’ refers to the judicially imposed exception to this principle by which courts disregard the separateness of the corporation and hold a shareholder responsible for the corporation’s action as if it were the shareholder’s own.”

⁹⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969. p. 12. “Há algum tempo, quando nos iniciávamos no estudo sistemático do direito comercial, nos foi proposto o seguinte problema: se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, [...] seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele [...].

[...]

Não temos lembrança, em nossas constantes peregrinações pelas páginas do direito comercial pátrio, de haver encontrado doutrina nacional ou estudos sobre o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica, o que nos daria, se correta nossa impressão, o júbilo de apresentá-la pela primeira vez, em sua formulação sistemática.”

⁹⁶ Op. cit. p. 17. “Com efeito, o que se pretende com a doutrina do “*disregard*” não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso ilegítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).”

⁹⁷ Essa associação implícita entre personalidade jurídica e limitação de responsabilidade se faz presente, também, no trabalho de: JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 155. “[desconsideração da personalidade jurídica, ou da personalidade societária, como prefere o citado autor] é a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.”

Por outro lado, o referido jurista paranaense teve o mérito de destacar duas características importantes do instituto, a serem tratadas nas linhas seguintes: (i) o fato de que opera efeitos no plano da eficácia; e (ii) a incidência restrita a determinado caso concreto.

Aprofundando-se no estudo do tema, Fábio Konder Comparato conferiu contornos mais objetivos à teoria, sustentando ser aplicável *mesmo na ausência de deliberada intenção de fraudar*, desde que presentes certos pressupostos. A conduta que atrai a desconsideração deve ser analisada *de maneira objetiva*, conforme suas finalidades econômicas e sociais, e não de acordo com a intenção do agente. Outro pressuposto seria sua relação com o poder de controle societário⁹⁸, de forma que a desconsideração da personalidade jurídica somente deveria ser intentada contra quem *detivesse esse poder e de fato agisse em desrespeito à autonomia da atividade societária*⁹⁹. Os demais sócios, notadamente os minoritários, não seriam atingidos¹⁰⁰, *salvo em casos excepcionais*, quando provado que partiu deles a manipulação da pessoa jurídica, o que seria mais suscetível de ocorrer em empresas familiares de pequeno porte, tendo em vista a maior influência dos minoritários sobre a formação da vontade social¹⁰¹.

Quanto aos efeitos, importante destacar que a teoria em exame *atua exclusivamente no plano da eficácia*, não comprometendo nem a existência nem a validade

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.”

Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 786.345/SP, j. 21.08.2008, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Ementa: “A despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os sócios-gerentes; não quem tem apenas o *status* de acionista ou sócio.”

⁹⁹ No mesmo sentido, porém partindo de perspectiva sociológica: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Sociologia do Poder na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n.º 77, p. 50-56, jan./mar. 1990. p. 53. “Mais que as doutrinas da penetração da personalidade jurídica, em seus variados matizes, a presente constatação me parece substancialmente útil para a correta identificação do foco último do poder na sociedade anônima, principalmente naqueles casos em que o acionista controlador não atua diretamente como administrador da sociedade. Se se pretende atingir a realidade, parece-me que se deva submeter a sérias reservas o princípio de que a sociedade anônima se institucionalizou, passando a ter vida própria e interesses próprios.

Na verdade, o arcabouço legal da sociedade anônima pode conduzir a essa ilusão. Mas a análise sociológica do poder demonstra, segundo penso, e aqui me refiro ao Brasil, que a sociedade anônima representa, não uma instituição, mas um instrumento de realização do interesse do acionista controlador.”

¹⁰⁰ Belo exemplo desse entendimento encontra-se no julgado a seguir. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 35ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9134383-15.2007.8.26.0000, j. 20.09.2010, Rel. Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho. Trecho do voto do Relator: “No caso, tratando-se de sócia com 1 % de participação no capital social da empresa executada, ao que parece pessoa idosa, sem atividade empresarial, sem prova de que tenha participado de qualquer ato de gestão empresarial, o melhor entendimento é no sentido de que a tal tipo de sócio não se aplica a desconsideração [...]”

¹⁰¹ Sobre a influência dos sócios na formação da vontade social: CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 613.

da atividade por ela atingida¹⁰². Consequentemente, não prejudica terceiros interessados, pois o negócio jurídico subsiste válido entre as partes originárias. A aplicação dessa teoria acarreta apenas a declaração de ineficácia da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio, em relação a credor ou grupo de credores determinado (*declaração de ineficácia parcial*)¹⁰³. Em suma, o negócio jurídico permanece existente e válido em toda a sua extensão¹⁰⁴, bem como eficaz em relação aos demais sujeitos não atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica.

Outro aspecto relevante é que a desconsideração não implica supressão da responsabilidade limitada dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres. Ao contrário, incide *no caso concreto*¹⁰⁵, alcançando *relação jurídica específica e delimitada*. Em consequência, caso seja aplicada em proveito de determinado credor, tal fato, por si só, não autoriza que incida também a favor dos demais credores do sujeito desconsiderado. Pelo contrário, incumbirá a cada um deles provar a presença dos pressupostos dessa teoria, no respectivo caso concreto, para que também em relação a eles seja declarada a ineficácia da limitação de responsabilidade patrimonial do devedor.

Por fim, cumpre saber se o sujeito que teve contra si aplicada a desconsideração é *obrigado originário* ou mero *responsável patrimonial*. Para tanto, importante discorrer brevemente sobre esses conceitos.

¹⁰² Para maiores aprofundamentos sobre os planos da existência, validade e eficácia, recomenda-se, entre as várias obras clássicas que tratam do tema, a leitura de: JUNQUEIRA DE AVEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49. “O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz.”

Especificamente sobre o plano da eficácia: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 56. “A desconsideração significa tão somente a suspensão dos efeitos da personificação relativamente a algum ato específico, a algum período determinado da atividade da sociedade ou ao relacionamento específico entre a sociedade e certa (s) pessoa (s).”

¹⁰⁴ Exceto se por algum outro motivo, diverso da desconsideração da personalidade jurídica, restar comprometida a sua validade, como a inobservância dos requisitos previstos no art. 104 do Código Civil.

¹⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238. “A desconsideração também não implica qualquer alteração nas esferas co-envolvidas. Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico.” No mesmo sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n.º 36, p. 38-44, mar. 1992. “Em resumo, a teoria da desconsideração *suspende a eficácia episódica do ato constitutivo da pessoa*

Instituto pertencente à Teoria Geral¹⁰⁶ do Direito e da máxima importância para todos os seus ramos, a *obrigação* é também um dos mais estudados. Não é o escopo deste trabalho, porém, fazer digressão aos vetustos escritos sobre o tema, ainda no Direito Romano. Basta trazer a definição de Orlando Gomes:

A obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza *peçoal*.

Na sua definição, tem-se levado em conta, preferencialmente, o lado passivo, que se designa pelo termo *obrigação* ou, mais à justa, *dívida*. Vista, porém, do lado ativo, chama-se *crédito*. O acento pode recair tanto no *direito* como no *dever*.

[...]

Encarada em seu conjunto, a *relação obrigacional* é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigir-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor¹⁰⁷.

Em regra, o dever de adimplir a obrigação incumbe ao sujeito que a contraiu. Assim, quem contrai empréstimo deve arcar com seu pagamento. Quem contrata algum serviço deve remunerar o prestador. No entanto, este panorama começou a mudar no século XIX, a partir dos estudos de Alois Ritter von Brinz¹⁰⁸ o qual vislumbrou caráter dualista nas obrigações, permitindo que a obrigação pudesse ser imputada a pessoa diversa de quem participou formalmente da relação jurídica¹⁰⁹. Surgiu, assim, a distinção entre

jurídica, para fins de responsabilizar direta e pessoalmente aquele que perpetrar um uso fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial [...].”

¹⁰⁶ A rigor, “teoria geral” é pleonismo. Ou se está diante de uma autêntica *teoria*, que por definição é geral e abstrata, ou se trata de *casuística*. Não obstante, como o costume consagrou a expressão teoria geral, doravante ela será utilizada no texto.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 9-10.

No mesmo sentido, as palavras de Caio Mário da Silva Pereira: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1; 5. “Se bem que numerosíssimas as definições de obrigação, a bem dizer cada escritor apresentando a sua, não é difícil formular-lhe o conceito.

[...]

Também nós, procurando um meio sucinto, definimo-la, sem pretensão de originalidade, sem talvez elegância do estilo e sem ficarmos a cavaleiro das críticas: *obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável*.”

¹⁰⁸ BRINZ, Alois Ritter von. *Lehrbuch der Pandekten*. 2. ed. Erlangen: A. Deichert, 1879. v. II.

¹⁰⁹ SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Padova: CEDAM, 1968. p. 224. “È a tutti noto che, posto sul tavolo anatomico, o, se preferiamo, sotto la lente del microscopio, il rapporto obbligatorio si è per così a dire scomposto in due elementi, il *debitum* e l'*obligatio*, la *Schuld* e l'*Haftung*, l'elemento cioè

obrigação (Schuld) e responsabilidade patrimonial (Haftung). Na dicção de Fábio Konder Comparado, há *dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade*¹¹⁰. Nestes casos, pode ocorrer que o responsável pelo adimplemento seja pessoa que não participou da relação obrigacional primária, ou seja, pessoa diversa da que contraiu formalmente a dívida.

Essa construção doutrinária ganhou força no cenário jurídico nacional. Adotando expressões em latim ao invés da nomenclatura tedesca, Orlando Gomes destacou haver situações em que a norma jurídica impõe sujeição patrimonial (*obligatio*) a pessoa diversa da que participou da relação jurídica que deu origem à dívida (*debitum*):

Na moderna dogmática, distinguem-se, no conceito de *obrigação*, os de *debitum* e *obligatio*.

[...]

Ao se decompor uma *relação obrigacional*, verifica-se que o direito de crédito tem como fim *imediato* uma prestação, e *remoto*, a sujeição do patrimônio do devedor. Encarada essa dupla finalidade sucessiva pelo lado passivo, pode-se distinguir, correspondentemente, o *dever de prestação*, a ser cumprido espontaneamente, da *sujeição* do devedor, na ordem patrimonial ao poder coativo do credor. Analisada a obrigação perfeita sob essa dupla perspectiva, descortinam-se os dois elementos que compõem seu conceito. Ao *dever de prestação* corresponde o *debitum*, à *sujeição* a *obligatio*, isto é, a *responsabilidade*. A esta responsabilidade patrimonial empresta-se grande importância no direito moderno, a ponto de se afirmar que a obrigação é uma relação entre dois patrimônios.

Em princípio, há coincidência entre *debitum* e *obligatio*, por evidente que a responsabilidade se manifesta por consequência do débito. Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para clarificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do Direito das Obrigações. Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos. Há, com efeito, relações jurídicas obrigacionais:

a – de *debitum* sem *obligatio*;

meramente personale, il dovere della prestazione, e l'elemento reale, la garanzia, la responsabilità patrimoniale, alla quale soltanto andrebbe riferito e ricondotto il diritto del creditore.”

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 435. “Abre-se, com isso, mais um caso de dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade no direito moderno. A análise dualista da obrigação já havia demonstrado que, tanto do lado ativo da relação obrigacional, isto é, entre crédito e garantia, quanto do lado passivo, a vida jurídica oferecia exemplos de uma dissociação subjetiva.”

- b – de *obligatio* sem *debitum*;
- c – de *obligatio* sem *debitum* atual;
- d – de *debitum* sem *obligatio* própria.

[...]

Evidencia-se, assim, o interesse de distinguir *debitum* de *obligatio*, uma vez se admita serem aspectos do mesmo fenômeno¹¹¹.

Exemplificando, há *debitum* sem *obligatio*, por exemplo, nas obrigações morais, como as dívidas prescritas, em que de fato houve relação jurídica lícita que deu origem ao débito (*debitum*), porém não pode o credor exigir a sujeição patrimonial do devedor para que promova o adimplemento (*obligatio*).

No entanto, o que mais interessa ao objeto deste estudo é a situação contrária, em que existe *obligatio* sem *debitum*. Ou seja, nos casos em que se imputa responsabilidade patrimonial a sujeito diverso do que contraiu a dívida. Na fiança, por exemplo, a responsabilidade patrimonial (*obligatio*) é atribuída ao fiador mesmo tendo sido o inquilino, e não ele, fiador, quem deu causa à dívida (*debitum*). Em outros ramos do Direito há também situações nas quais a responsabilidade pelo pagamento da dívida incumbe a sujeito diverso do que a contraiu formalmente, como revela a jurisprudência¹¹².

No plano processual, o art. 592 do Código de Processo Civil elenca algumas hipóteses nas quais se imputa responsabilidade patrimonial, durante a fase de execução do processo, a sujeito diverso do que contraiu a obrigação¹¹³. Entre elas, tem-se a responsabilidade do sócio, nos termos da lei.

¹¹¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12-13.

¹¹² Apenas para ilustrar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 225.051/DF, j. 07.11.2000, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Trecho do voto do Relator: “A responsabilidade patrimonial, no processo de execução, como cediço e posto na lei, admite a sujeição dos bens de terceiro à excussão judicial, nos limites da previsão legal. E a origem desse princípio repousa na distinção entre débito e responsabilidade (*Schuld* e *Haftung*), tratado, o primeiro, na teoria geral das obrigações e, a última, pela doutrina processual.”

Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, AgRg. no Ag. n.º 965.210/SP, j. 13.05.2008, Rel. Ministro Massami Uyeda.

¹¹³ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real;

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, quando em poder de terceiros;

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.”

Assim, especificamente em relação ao objeto deste estudo, cabe indagar: a desconsideração da personalidade jurídica implica atribuição de responsabilidade patrimonial a sujeito diverso do que contraiu a obrigação? Imagine-se a situação clássica em que se imputa à sociedade o adimplemento de dívida formalmente contraída por um de seus sócios. É caso de dissociação subjetiva entre *Schuld* e *Haftung*? Não se trata de questão de *lana caprina*. Pelo contrário, possui relevância prática tanto no plano do direito material (no que toca ao direito de regresso) quanto processual (tendo em vista o momento adequado para se requerer a desconsideração e o meio pelo qual o sujeito por ela atingido poderá se defender).

Com efeito, *na desconsideração da personalidade jurídica o sujeito desconsiderado não é simplesmente responsável, mas verdadeiro obrigado direto*¹¹⁴. Portanto, *não pode ser incluído no processo apenas na fase de execução* (como ocorreria se houvesse responsabilidade patrimonial subsidiária, que se manifesta justamente nessa fase¹¹⁵). Ao contrário, deverá participar integralmente do contraditório, para que se prove a existência e o alcance da obrigação contra ele exigida. No plano do direito material, a consequência é que *o desconsiderado não possui direito de regresso*, pois arca com dívida própria, e não mera sujeição patrimonial à dívida de outrem¹¹⁶.

Feitos esses esclarecimentos, é possível apresentar a definição do autor: *desconsideração da personalidade jurídica é a declaração de ineficácia parcial e temporária da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, no caso concreto, atribuindo-lhes obrigação formalmente contraída por este centro, em razão de não ter ocorrido a perda do poder direto de*

¹¹⁴ Indício disto é a redação do art. 50 do Código Civil, que ao invés de simplesmente estender-lhe a responsabilidade patrimonial pela dívida, optou por atribuir-lhe a própria obrigação, como se percebe do trecho em que lhe atribui os “efeitos de certas e determinadas relações de obrigações”.

Também sob o prisma processual chega-se à mesma conclusão: SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

¹¹⁵ Basta verificar que o Capítulo IV do Código de Processo Civil, intitulado *Responsabilidade Patrimonial*, insere-se no Livro II, que trata do Processo de Execução.

O tema será posteriormente desenvolvido no Capítulo IV, intitulado: *Algumas Conclusões Extraídas do Cotejo Entre as Balizas Teóricas da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Jurisprudência Analisada*.

¹¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236-237. “Característica fundamental da responsabilidade sem dívida é a possibilidade de ressarcimento do sujeito obrigado a pagar perante o devedor. Nas hipóteses de desconsideração aventadas, evidentemente não é possível imaginar a possibilidade de ressarcimento do sócio perante a sociedade. Até mesmo do ponto de vista equitativo. Basta pensar que, em se admitindo o regresso do sócio contra a sociedade, essa seria onerada por uma situação que teve como beneficiário apenas o acionista controlador. Não é esse, portanto, o elemento distintivo da desconsideração. Nela, o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato, mas de uma atividade abusiva.”

*disposição sobre o patrimônio que o compõe, ou em decorrência da imputação legal de riscos*¹¹⁷.

A plena compreensão desse conceito requer que se esclareçam quais os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, como será feito adiante. Por fim, vale destacar que se deu primazia às manifestações da doutrina nacional, omitindo, propositadamente, as várias conceituações do Direito Comparado¹¹⁸. Isso porque o objetivo do trabalho é estudar a teoria da desconsideração *no contexto brasileiro*, tanto assim que a pesquisa empírica se assenta, exclusivamente, em julgados nacionais. Para uma visão clássica do tema em outros países recomendam-se os trabalhos de Henry Winthrop Ballantine¹¹⁹ e Piero Verrucoli¹²⁰, ao passo que a rica doutrina alemã encontra-se sintetizada trabalho de Walfrido Júnior¹²¹. Além disto, visão global e atualizada está presente na obra de Karen Vandekerckhove¹²².

2.3 – Nomenclatura.

Para rotular o instituto em exame as expressões mais comuns no Brasil são “desconsideração da personalidade jurídica” e “desconsideração da pessoa jurídica”. Ainda

¹¹⁷ Menos analítica é a seguinte definição: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *Il Nuovo Diritto Societario*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2006. v. 29. t. I. p. 168-169. “Abusare della personalità giuridica – trarre cioè, illegittimo profitto dall’interposizione dello schermo della personalità giuridica – significa, tecnicamente, godere della disciplina speciale in situazioni diversi da quelle che ne giustificano l’applicazione: significa fruire dell’esenzione dal diritto comune offerta dal beneficio della *responsabilità limitata* oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla.”

Enfocando o aspecto processual do instituto: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999. p. 225. “[...] essa teoria autoriza o Poder Judiciário a, excepcionalissimamente: (1º) numa execução contra sociedade, penhorar bens de sócios de responsabilidade limitada; e (2º) numa execução contra alguém, penhorar bens da sociedade da qual o executado seja sócio.”

¹¹⁸ Mesmo porque seguindo a lição de Eros Grau conclui-se que haveria tantas definições da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quantos fossem os ordenamentos jurídicos, eis que, segundo esse autor, não existiria *O Direito*, mas sim *Os Direitos de cada Estado*: GRAU, Eros Roberto. Atualização da Constituição e mutação constitucional. *Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*. São Paulo: EMAG, ano I, n.º 01, p. 60-75, jun./ago. 2009. p. 73. “Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio à nossa cultura.”

¹¹⁹ BALLANTINE, Henry Winthrop. *On Corporations*. Chicago: Callaghan, 1946. p. 292-293.

¹²⁰ VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

¹²¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

¹²² VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*. Aspen: Kluwer Law International, 2007. v. 2. Vide especialmente o Capítulo III, intitulado “General Overview of Piercing of the Corporate Veil in the Legal Systems Analysed”.

que eminentes autores se valham do termo desconsideração da pessoa jurídica, como sucede com Ada Pellegrini Grinover¹²³, o fato é que a doutrina majoritária, notadamente no Direito Comercial, opta por *desconsideração da personalidade jurídica*. Exemplo são os citados textos de Rubens Requião, Fábio Konder Comparato, Calixto Salomão Filho e Osmar Brina Corrêa Lima.

Há, ainda, distinção propugnada por Fábio Konder Comparato entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. Aquela representaria a completa aniquilação da personalidade jurídica, por exemplo, em caso de nulidade dos atos constitutivos de sociedade¹²⁴. Já a desconsideração propriamente dita atuaria apenas no caso concreto, gerando ineficácia parcial da limitação de responsabilidade¹²⁵. Tal distinção terminológica parece estar superada, ante a impossibilidade de se aplicar ao exercício de uma atividade a disciplina específica para a nulidade dos atos civis, concebida para incidir apenas sobre um ou alguns atos isoladamente considerados. Em se tratando de atividade, como a empresarial, não faria sentido falar-se em despersonalização¹²⁶.

A expressão preponderante na doutrina pátria é, portanto, *desconsideração da personalidade jurídica*. Ela vem sendo adotada desde o trabalho pioneiro de Rubens Requião. Apesar disso, não escapa às críticas. Talvez por ter sido construída numa época em que existia forte tendência em associar os institutos da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade dos sócios, tratando-os quase como sinônimos. Por este

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. Perceba-se que o título do artigo opta por “desconsideração da pessoa jurídica”, ainda que, ao longo do texto, seja frequentemente utilizada a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”.

¹²⁴ Algo semelhante ao que Marçal Justen Filho denominou de desconsideração total ou desconsideração máxima: JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 61. “Assim, a mais intensa manifestação do superamento da personalidade jurídica societária consiste na total ignorância da existência da pessoa jurídica, considerando-se os atos e as relações jurídicas como imputados diretamente à pessoa dos sócios (ou vice-versa). Passa-se por cima da pessoa jurídica para alcançar-se direta e exclusivamente a pessoa do sócio. Chamaremos esse caso de desconsideração total (máxima).”

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 353. “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.”

¹²⁶ Curioso é que Calixto Salomão Filho, admitido como coautor numa das atualizações da referida obra de Fábio Konder Comparato, utilizou-se de nota de atualização para criticar a distinção terminológica entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica, por considerá-la superada. Tem-se raro exemplo de *dialética entre autores dentro do mesmo livro*: Op. cit. p. 353-354. “Essa distinção é hoje cada vez mais discutida mesmo nos sistemas em que predomina a concepção contratualista da sociedade. A tendência hoje é de negar a possibilidade de aplicação da disciplina da nulidade dos atos ao contrato de

raciocínio, se a personalidade jurídica acarretava a formação de patrimônio específico, único responsável pelo adimplemento das dívidas contraídas por determinado sujeito, qualquer medida que viesse a imputar-lhe dívida contraída por outrem acabaria por afastar um dos atributos da própria personalidade jurídica¹²⁷.

No entanto, como já vem sendo destacado desde o Capítulo I, é imperfeita a associação entre personalidade jurídica e limitação de responsabilidade. Esta última pode decorrer de fenômenos diversos da personificação, como os patrimônios especiais que atuam como centro autônomo de imputação de direitos e deveres, além do que, em sentido oposto, há sociedades personificadas nas quais os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. A personificação societária é, de fato, *indício* da limitação de responsabilidade dos sócios. Mas esta não se reduz àquela. A rigor, seria equivocado falar-se em “desconsideração da personalidade jurídica”. Mas por constituir expressão consagrada na linguagem forense doravante ela será utilizada, desde que não se opte por algum termo em idioma estrangeiro, a fim de evitar repetições. Aliás, justamente por isto importa destacar o *nomen iuris* pelo qual é tratada em outros países.

Os Estados Unidos da América e a Inglaterra adotam as expressões *disregard doctrine* (teoria da desconsideração), *disregard of corporateness* (desconsideração da personalidade jurídica), *disregard of legal entity* (desconsideração da pessoa jurídica), *lifting the corporate veil* (erguendo o véu que recobre a pessoa jurídica), *piercing the corporate veil* (transpondo o véu da pessoa jurídica) ou mesmo *cracking open the corporate shell* (abrindo a concha da pessoa jurídica)¹²⁸.

Portugal, por sua vez, utiliza também o termo *desconsideração da personalidade jurídica*¹²⁹, além de *levantamento da personalidade colectiva*¹³⁰. Já a

sociedade. Reconhecida a natureza organizativa do contrato de sociedade, não se pode aplicar disciplina de nulidade a não ser que o vício impeça a obtenção da desejada organização societária.”

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 55. “Somente se põe a questão da desconsideração diante da existência de uma ou mais sociedades personificadas. O problema central reside justamente na personificação, que importa distinção jurídica entre os sujeitos envolvidos.”

¹²⁸ Conforme: VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*. Aspen: Kluwer Law International, 2007. v. 2.

¹²⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹³⁰ Interessante é a discussão da doutrina portuguesa acerca da nomenclatura utilizada para se referir ao próprio ente coletivo (pessoa jurídica, pessoa moral ou mesmo pessoa colectiva). Naquele país – ao contrário do que ocorre no Brasil – o termo pessoa jurídica não é amplamente majoritário. Destarte, não há unanimidade acerca da expressão desconsideração da personalidade jurídica. Veja-se a justificativa de Menezes Cordeiro para adotar o termo pessoa colectiva: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20-21. “Savigny, [...] mantém-se contra essa expressão: *pessoa moral* poderia implicar a imoralidade da

Espanha e a hispano-américa fazem uso, principalmente, dos vocábulos *desestimación de la personalidad jurídica* (rejeição da personalidade jurídica)¹³¹, *inoponibilidad de la personalidad jurídica* (inoponibilidade da personalidade jurídica)¹³² ou *teoría de la penetración* (teoria da penetração)¹³³. Na Itália predomina *superamento della personalità giuridica* (abandono da personalidade jurídica)¹³⁴.

Por fim, na Alemanha esta teoria foi extremamente estudada e desenvolvida, tendo se formado várias correntes de pensamento. Consequentemente, este país é, junto com os Estados Unidos, o que apresenta maior número de expressões. Merecem destaque os termos *Durchgriff bei juristischen Personen* (penetração nas pessoas jurídicas) ou simplesmente *Durchgriff* (penetração)¹³⁵.

2.4 – Pressupostos¹³⁶.

O primeiro pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica é a *existência de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio, ao qual se limita a responsabilidade de seus membros*¹³⁷. Como já

pessoa singular, o que não faria sentido. Savigny lançou, então, o termo ‘pessoa jurídica’, adoptado por Heise e presente, até hoje, em muitas literaturas, designadamente na alemã e na italiana.

‘Pessoa moral’ não justifica as censuras: em Pufendorf, o termo é retirado de *moraes*, no sentido clássico de comportamento humano. A pessoa ‘moral’ resultava, pois, do engenho humano, por oposição à natureza. E em contrapartida, a ‘pessoa jurídica’ não vai sem reparo: afinal, em Direito, todas as pessoas o são.

‘Pessoa colectiva’, por seu turno, tão-pouco é designação perfeita: inculca haver, subjacente, uma ‘colectividade’, no sentido directo de pluralidade de pessoas o que nem sempre sucede. Mas feita a ressalva, ela pode ser conservada: está consagrada.”

¹³¹ Assim, por exemplo: ZÁRATE, Hilda Zulema. *Personalidad jurídica y su desestimación*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarate.pdf>. Acesso em: 21.02.2011.

¹³² GRISPO, Jorge Daniel. *Inoponibilidad de la personalidad societaria*. Disponível em: <<http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf>>. Acesso em: 21.02.2011.

¹³³ GARRONE, José Alberto. *Derecho Comercial: Instituciones Generales, Sociedades, Contratos*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, t. 1. p. 214.

¹³⁴ Confira-se, por exemplo, a obra clássica de Verrucoli: VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

¹³⁵ Sobre algumas dessas correntes: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 248-249.

Complementarmente: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 149-155.

¹³⁶ Por *pressuposto* considera-se aquilo que é indispensável à configuração de determinado instituto, à sua existência. Por sua vez, *requisito* refere-se à validade enquanto os fatores dizem respeito ao plano da eficácia. Semelhante é o entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo, que apenas adota *elementos* de existência ao invés de *pressupostos*: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29-30.

Igualmente: SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 131. “Pressupostos de aplicação de uma norma jurídica, qualquer que seja, são os componentes da situação fática sobre a qual a norma incide.”

¹³⁷ Exemplo de centro autônomo de imputação são as organizações, conforme: FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Giuffrè, 1976.

destacado à sociedade, não é necessária a presença de personalidade jurídica ou mesmo de sociedade, pois a limitação de responsabilidade a um determinado patrimônio pode ser conferida pelo legislador a qualquer centro de imputação de direitos e deveres, ainda que despersonificado. Por outro lado, ausente essa limitação não há que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica. De fato, não existindo barreira alguma a ser superada para imputar obrigação diretamente aos membros desse centro autônomo, ainda que exceda seu patrimônio total, torna-se desnecessário o recurso à *Durchgriff*.

Este primeiro pressuposto refuta o silogismo segundo o qual desconconsideração da personalidade jurídica pressupõe a existência de personalidade jurídica¹³⁸. A partir disso é possível vislumbrar a aplicação da teoria para além do usual. Ela alcança inclusive fundos de investimento e outras espécies de patrimônio destacado, contanto que neles exista alguma forma de limitação de responsabilidade.

O segundo pressuposto é a existência de atividade¹³⁹ praticada por meio desse centro de imputação (por exemplo, atividade empresarial desenvolvida por sociedade). Ou, ao menos, que *em se tratando de único ato ele decorra do exercício dessa atividade* (no exemplo da sociedade empresária, tal ato poderia ser a realização de assembleia)¹⁴⁰. Assim, mero ato ou conjunto isolado de atos atraem a aplicação de outros institutos, próprios do

¹³⁸ Também refutando esse silogismo: RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 141-152.

¹³⁹ ASCARELLI, Tullio. Corso di Diritto Commerciale: Introduzione e Teoria dell'Impresa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 146-160. *apud* tradução de COMPARATO, Fábio Konder. O Empresário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXVI, n.º 109, p. 183-189, jan./mar. 1998. p. 183-184. “[...] a atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo ‘ato’, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a ‘negócio’ (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de ‘negócios’, e não puramente de ‘atos’, que pode se apresentar como coordenada a uma ‘atividade’ e, por isso, elemento integrante desta.
[...]

A atividade deverá ser apreciada de modo autônomo, isto é, independentemente da apreciação dos atos singulares, individualmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos singulares, pode ser considerado ilícito o fim perseguido com a atividade, ou pode ser submetido a normas particulares do exercício da atividade.”

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 237. “Nota-se, portanto, que o elemento característico do método de desconconsideração da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na *atividade* societária e não em um determinado ato. [...] Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se através de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconconsideração da personalidade jurídica.

Apenas na ausência de participação da organização societária aplicar-se-iam os institutos civilísticos em detrimento da teoria da desconconsideração. Exemplo típico é a teoria da aparência. Ali, trata-se de ato (ou sequência de atos) atinente às relações externas da sociedade, em que não há participação da organização societária.”

Direito Civil, como a teoria das nulidades, mas não fazem incidir a desconsideração da personalidade jurídica.

O *terceiro pressuposto* é que essa atividade seja *formalmente lícita*, porque contra o ato ilícito já existe a responsabilidade civil¹⁴¹. A ilicitude que caracteriza a desconsideração da personalidade jurídica situa-se no plano substancial (no conteúdo da atividade, na maneira como é exercida ou nos efeitos por ela efetivamente visados). Ou seja, se a atividade é formalmente contrária ao Direito, torna-se possível responsabilizar civilmente o seu executor, de forma direta, não havendo necessidade do *lifting the corporate veil*. Este seria cabível apenas se, a partir de uma atividade aparentemente lícita (ou de ato decorrente dela), o membro de um centro autônomo de imputação desrespeitasse o distanciamento que condiciona a limitação de sua responsabilidade patrimonial.

O *quarto pressuposto* é a *inobservância, pelo membro de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, do distanciamento característico desse centro*. Este tema já foi delineado no Capítulo I, por decorrer de longa construção histórica. Sintetizando as considerações daquele capítulo, o membro de um centro de imputação pode e deve influenciar a formação da vontade deste centro (por meio do direito de voto, por exemplo), em maior ou menor grau, sem que isso configure qualquer desrespeito à autonomia da atividade desenvolvida por este centro. *O que não se admite é que ao invés de simplesmente influenciar a formação da vontade autônoma, ele venha a substituir essa vontade pela sua própria*, assenhoreando-se dos bens que compõem o patrimônio destacado como se a ele pertencessem diretamente, e não apenas de forma indireta, como resultado eventual daquela atividade. Em se tratando de sociedade, é possível que o sócio exerça o poder de controle e, simultaneamente, beneficie-se da limitação de

¹⁴¹ Eis o conceito clássico de responsabilidade civil: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 242-243. “[responsabilidade civil é] a obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja por fato pessoal, seja de certas pessoas (aqueles por quem somos responsáveis), seja ainda por fato de uma coisa que nos pertence ou da qual somos guarda [...]”

Inicialmente fundada exclusivamente na culpa, no elemento subjetivo do sujeito a ser imputado, a responsabilidade civil evoluiu adquirindo feições objetivas, com destaque para a seguinte tese de cátedra: LIMA, Alvino Ferreira. *Da Culpa ao Risco*. 1938. 236 f. Tese (Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1938.

Contemporaneamente, seu alcance foi ainda mais dilatado, para contemplar também a responsabilidade pela inobservância de uma precaução, na qual se insere, por exemplo, o risco de desenvolvimento de certos produtos: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 87. “O princípio da precaução, que contém a ideia de prevenção de riscos não definidos, não avaliáveis de maneira precisa pela comunidade científica, riscos que são hipotéticos, mas que podem vir a acontecer, apareceu para proteger a natureza de seus desastres; porém, sua tendência é servir de direção em todos os ramos do direito que lidem com perigos. Portanto, esse princípio vem sendo absorvido também pela responsabilidade civil, a exemplo do direito penal e do direito administrativo.”

Vide, em complemento: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.

responsabilidade, como de regra ocorre. O que não se admite é que ele, a pretexto de simplesmente *orientar* os rumos da atividade social, passe a *exercê-la diretamente*, sem observar o distanciamento e a adoção das formalidades que permitem vislumbrar na estrutura societária autêntico centro autônomo de decisões. Nestes casos extremos, o *controle societário* e o *controle empresarial* se confundem no mesmo sujeito¹⁴², tornando cabível a desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, os membros de um centro autônomo de imputação, dotado de patrimônio próprio, *devem se portar com certo distanciamento entre sua conduta pessoal e as atividades próprias desse centro*, a fim de que usufruam da limitação de responsabilidade patrimonial¹⁴³. Quando tais membros atuam como se fossem titulares de poder direto de disposição sobre os bens que compõem o patrimônio destacado, ao invés de simples credores do resultado da atividade por meio dele exercida, o limite legal de responsabilidade deixa de ser aplicável, pois passam a se confundir duas esferas patrimoniais que deveriam ser tratadas separadamente¹⁴⁴.

¹⁴² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 209. “O *controle societário*, reitera-se, não se confunde com o *controle empresarial*. O primeiro, nas sociedades de capital, é poder do sócio, enquanto o segundo é poder da sociedade, em virtude de sua condição de protagonista da atividade empresarial.

O exercício do poder de controle societário permite influenciar a vontade da sociedade, mas não a determina. O detentor do controle societário não é, ademais, o organizador dos meios de produção e, portanto, o empresário. A sociedade é a protagonista da atividade empresarial e, por isso, responsável por seu exercício. Se, entretanto, o sócio – detentor do poder de controle societário – apropriar-se dos meios de produção, passando a organizá-los para o exercício da empresa, ele adquirirá, também, o controle empresarial e, em consequência, tornar-se-á responsável pela empresa.”

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 490. “Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar da forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento.”

¹⁴⁴ Francesco Galgano já havia destacado que o elemento central da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o distanciamento entre o patrimônio pertencente ao centro autônomo de imputação e o patrimônio pessoal de seus membros. Na mesma passagem, o jurista italiano ainda ressalta que pouco importa a existência de personalidade jurídica para que se configure a limitação de responsabilidade: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *Il Nuovo Diritto Societario*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2006. v. 29. t. I. p. 165; 167. “La limitata partecipazione alle perdite è vista come caratteristica propria dei tipi della società per azioni e della società a responsabilità limitata: ove questo carattere sia assente e sia, all’opposto, presente il carattere della illimitata partecipazione alle perdite, proprio delle società di persone, la disciplina da applicare non sarà quella delle società di capitali, bensì quella delle società di persone; ed a nulla rileva il fatto che, con l’iscrizione nel registro delle imprese, la società abbia “acquistato la personalità giuridica”.

[...]

Il punto è che nei rapporti di controllo, che restino tali, c’è rispetto – e non *assoluto disprezzo* – delle *regole fondamentali del diritto societario*, non c’è *confusione di patrimoni* e così via. E se c’è la confusione dei patrimoni o c’è altro elemento rivelatore che la società è pura finzione formale, creata al solo scopo di

Mesmo nas sociedades unipessoais deve ser respeitado esse distanciamento.

Neste caso, a separação entre a vida particular do sócio único e os atos por ele praticados no exercício da empresa é demarcada por meio de certas formalidades, como a publicação de balanços e o arquivamento, em registro público, dos principais atos societários¹⁴⁵. A partir dessas formalidades, fica claro que o empreendedor individual não age como titular direto do patrimônio destacado para o exercício da empresa, mas como simples credor dos resultados proporcionados por ela, ainda que possa ser o principal credor. Torna-se possível divisar duas esferas patrimoniais autônomas, pressuposto histórico para a limitação de responsabilidade¹⁴⁶. O Direito Comunitário Europeu adota a exigência de documentação das atividades da sociedade unipessoal como instrumento para identificar a separação entre os bens afetos ao exercício da empresa e o patrimônio do sócio único.

abusare della alterità soggettiva della società rispetto al socio, allora si dovrà parlare di superamento della personalità giuridica.”

No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 343-344. “Em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é 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 porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.”

¹⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 217. “[...] um sistema societário não se pode permitir negar uma forma desejada com base na argumentação de que seria difícil garantir sua aplicação prática. Um esquema organizativo, por mais irreal que possa parecer, que exija a realização de assembléias com uma só pessoa e outras ‘formalidades’ do gênero, na medida em que procedimentaliza a atividade social, influencia a criação de uma separação fática de esferas. Em presença de tal organização, o sócio único de má-fé que queira violar a separação patrimonial será constrangido a agredir as formas societárias, tornando evidente seu comportamento fraudulento.”

A propósito de outras formalidades que caracterizam a sociedade unipessoal, atribuindo limitação de responsabilidade ao sócio único, consulte-se: SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. *Sociedade Unipessoal como solução organizativa da empresa*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 509.

Ascarelli também destacou a relação entre as formalidades societárias e a limitação de responsabilidade dos sócios: ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 151. “Afim, cumpre não esquecer que, atrás da sociedade, há os sócios; que a personalidade da sociedade e o patrimônio separado constituem afim, meios técnicos para disciplinar o exercício do comércio por parte dos sócios com responsabilidade limitada e com um resultado que equivale ao que decorreria de um privilégio dos credores sociais quanto aos bens destinados ao exercício do comércio em comum, não podendo entretanto atingir os bens que permanecem alheios a este exercício.

Isto, parece-nos, já justifica que o primeiro princípio ao qual cumpre recorrer para contrabalançar, passe a expressão, a responsabilidade limitada, seja o da publicidade; publicidade da constituição da sociedade, das suas alterações estatutárias e até da sua gestão.”

¹⁴⁶ O único veto a dispositivo da Lei nº 12.441/2011 (que criou no país a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI) corrobora o entendimento de que também às sociedades unipessoais se aplica a desconconsideração da personalidade jurídica. Tal veto dirigiu-se ao seguinte dispositivo aprovado pelo Senado Federal:

“§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.”

Por sua vez, a Mensagem de Veto nº 259, de 11 de julho de 2011, assim dispõe: “Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão ‘em qualquer situação’, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil [...]”

Inicialmente prevista na Diretiva 1968/1/CE, que autorizou os Estados Membros a permitir a constituição originária de sociedades unipessoais, essa exigência de rigorosa documentação foi mantida nas normas posteriores, como a Diretiva 1989/667/CE e a atual Diretiva 2009/102/CE¹⁴⁷.

O quinto pressuposto é a *inexistência de dispositivo legal que atribua responsabilidade solidária* aos membros do centro autônomo de imputação. À semelhança do que foi dito por ocasião do primeiro pressuposto, inexistindo barreira que impeça a responsabilização direta dos membros de um centro autônomo, mesmo além do limite patrimonial deste, torna-se desnecessário o recurso à *Durchgriff*. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica – em razão de suas raízes históricas – requer análise casuística para que seja aplicada. Diversamente, em certas situações o próprio legislador optou por afastar a limitação de responsabilidade, em abstrato, independentemente da presença de qualquer dos pressupostos aqui arrolados. O fez ao impor a solidariedade entre o centro de imputação e seus membros. Bom exemplo são as *sociedades em conta de participação*¹⁴⁸. Nelas, não faz sentido aplicar a *desestimación* contra o participante (na nomenclatura tradicional, “sócio oculto”) que tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, pois o art. 993, parágrafo único¹⁴⁹, do Código Civil já o torna devedor solidário. Ou seja, provando-se que o sócio participante interferiu diretamente na gestão dos negócios sociais, perante terceiros, emerge automaticamente sua responsabilidade direta, não sendo necessário sequer cogitar da presença dos pressupostos que autorizam a desconsideração. O mesmo ocorre em relação à responsabilidade do administrador, nos termos do art. 1.016 do Código Civil¹⁵⁰.

¹⁴⁷

Disponível

em:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:ES:PDF>>. Acesso em: 06.01.2012.

“Artículo 4. 2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta o consignarse por escrito.”

“Artículo 5. 1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito.”

¹⁴⁸ Sobre a sociedade em conta de participação - tão importante do ponto de vista econômico, porém tão pouco explorada pela doutrina - não se pode deixar de recomendar duas obras imprescindíveis para conhecimento do tema. Primeiro, o clássico de Mauro Brandão Lopes: LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Mais recentemente, a excepcional dissertação de Gustavo Galizzi: GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em Conta de Participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 993. [...]”

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.”

¹⁵⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.”

Têm-se ainda as *sociedades em nome coletivo*, nas quais também é dispensável a desconsideração da personalidade jurídica, pois todos os sócios respondem solidariamente pelas obrigações sociais¹⁵¹. Pela mesma razão, o Superior Tribunal de Justiça¹⁵² reconheceu a responsabilidade direta dos membros de *sociedade simples*, com base no art. 1.023 do Código Civil¹⁵³, destacando ser prescindível a desconsideração.

Igual raciocínio se aplica às *sociedades em comum*, tendo em vista a solidariedade imposta pelo art. 990 do Código Civil¹⁵⁴. Porém, neste caso, há uma sutileza a ser considerada. É possível que nas sociedades em comum seja utilizado artifício fraudulento para proporcionar a limitação de responsabilidade.

Ardil desse tipo é explicado e duramente criticado por Márcio Tadeu Guimarães Nunes¹⁵⁵. Invocando o disposto no art. 989 do Código Civil¹⁵⁶, referido autor destaca o fato de que os bens da sociedade em comum não responderiam pelos atos de

¹⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.”

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 895.792/RJ, j. 07.04.2011, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

¹⁵³ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.”

Vale notar que o artigo supracitado é deveras polêmico, tendo despertado várias discussões doutrinárias. Adota-se, aqui, o posicionamento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, segundo o qual o contrato da sociedade simples: [i] pode ser *omisso* quanto à responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, caso em que todos respondem *subsidiariamente* por estas, proporcionalmente ao número de cotas, tendo benefício de ordem em relação à sociedade; ou, diversamente [ii] o contrato pode *conter cláusula expressa de solidariedade*, caso em que qualquer dos sócios é responsável pela integralidade da dívida. No original: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de Advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 102-103. “A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais nas sociedades simples em geral é subsidiária e ilimitada, mas não solidária. Decorre das disposições contidas nos arts. 1.023 e 1.024 do Código Civil. Significa isso que, se um sócio deve participar com 10% e outro com 90% das perdas, é nessa exata proporção que respondem perante cada credor impago da sociedade. Não pode o credor, portanto, exigir seu crédito por inteiro de nenhum desses dois sócios, pois não há entre eles solidariedade pela dívidas sociais. Nadas impede, porém, que os sócios contemplem no contrato social sua solidariedade pelo pagamento de tais dívidas, caso em que ficarão diretamente responsáveis pelo cumprimento delas, sem benefício de ordem.”

Vide, ainda: MOURÃO, Gustavo César de Souza. Algumas reflexões sobre a sociedade simples e a limitação da responsabilidade de seus sócios. *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Juruá Editora, n.º 4, p. 117-128, jul./dez. 2005. p. 121;127.

¹⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.”

¹⁵⁵ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 271-273.

No mesmo sentido: FÊRES, Marcelo Andrade. *As sociedades Entre o Fato e o Registro*. 2008. 280 f. Tese (Doutorado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 223. “Concluindo-se, é de se admitir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades irregulares, a depender do nível da irregularidade, bem assim do preenchimento dos respectivos pressupostos.”

¹⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.”

gestão praticados por alguns sócios quando houvesse pacto expresso limitativo de poderes que lhes vedasse contratar com terceiros no interesse da sociedade. O dispositivo exige, apenas, que tal pacto seja *efetiva ou potencialmente conhecido por esse terceiro* (na dicção legal: “terceiro que o conheça ou deva conhecer”). Ora, para assegurar a presunção legal de conhecimento, bastaria registrar o mencionado pacto em cartório, pois no dia-a-dia dos negócios, salvo em certas transações, não é usual consultar os registros públicos¹⁵⁷, de forma que o outro contratante cairia numa armadilha (futura não poderia executar o patrimônio social para a satisfação de seu crédito). A prevalecer este ardil, uma sociedade cuja limitação de responsabilidade dos sócios deveria ser mais tênue do que a das sociedades limitadas, acabaria, por via transversa, atribuindo a seus membros proteção maior do que estas conferem. Para combater tal fraude é que se admite, *apenas nesta circunstância excepcional*, a incidência da *disregard doctrine* contra sociedade em comum.

Cumpra tratar, ainda, da *sociedade em comandita simples*. Nela, como se sabe, convivem duas espécies de sócios: de um lado, os comanditados, que efetivamente administram os negócios sociais e possuem responsabilidade solidária e ilimitada; de outro, os comanditários, que gozam de responsabilidade limitada ao valor de suas cotas e estão impedidos de participar da administração¹⁵⁸. A este tipo societário não deve aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, não faria sentido cogitar-se da incidência desta teoria contra o comanditado, já que seu patrimônio pessoal pode ser atingido de forma direta, em razão da solidariedade imposta por lei (quinto pressuposto). Já o comanditário em regra não participa da administração da sociedade e, por isto, não poderia dispor do patrimônio destacado como se lhe pertencesse (quarto pressuposto). Por outro lado, se praticasse algum ato de gestão social ou tivesse seu nome incluído na firma

¹⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 160. “[...] a verificação dos registros [públicos] não constitui um comportamento normal na prática comercial, na qual rapidez e eficiência representam imperativos absolutos que normalmente se sobrepõem às exigências de segurança. A ausência de verificação dos registros é tanto mais comum e tanto mais justificável, como já visto, quanto mais frágil economicamente seja o credor.”

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 272. “Logo, pode-se conceber, por absurdo, que a sociedade sem contrato registrado tenha um pacto limitativo de responsabilidade arquivado em qualquer confinamento do território brasileiro (num cartório de títulos e documentos) e que tal pacto, de publicidade altamente duvidosa, seria presumivelmente do conhecimento do terceiro que, nestes termos, não teria ação contra os demais sócios de responsabilidade ilimitada por ato atribuível ao ‘administrador de fato’ da sociedade em comum.

Assim, o artigo 989, embora inserido dentro de uma disciplina jurídica que deveria ser mais rigorosa do que aquela prevista para as sociedades personificadas, alcança idêntico resultado ao da limitação de responsabilidade prevista no parágrafo único do artigo 1.015 do Novo Código Civil.”

¹⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.”

daria causa à responsabilização *pessoal e direta, por solidariedade*, como impõe o art. 1.047 do Código Civil¹⁵⁹. Assim, também quanto a ele não seria necessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica para atingir seu patrimônio pessoal (quinto pressuposto). Em resumo, na sociedade em comandita simples não há espaço para a desconsideração da personalidade jurídica, quer contra o comanditado quer contra o comanditário. Este último, ou não tem responsabilidade, pois não atua ativamente na condução dos negócios sociais, ou invade esfera própria do comanditado, caso em que também será solidariamente responsável, sem necessidade de recurso à *disregard doctrine*.

Ou seja, a teoria em exame é desnecessária ao menos em relação a 05 tipos societários: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comum, sociedade em conta de participação (para quem defende sua natureza societária) e sociedade em comandita simples. Por outro lado, resta cabível contra as sociedades limitadas, anônimas e EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Neste ponto, cumpre ainda destacar que o legislador nem sempre prima pela melhor técnica, pois costuma inserir no mesmo dispositivo legal hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica ao lado de outras que nada se relacionam a este instituto, pois tratam de responsabilidade solidária. É o que ocorre, respectivamente, com o *caput* e o § 3º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁰.

A partir deste quinto pressuposto pode-se inferir que a desconsideração da personalidade jurídica ostenta *caráter subsidiário*. Havendo responsabilidade pessoal e direta de determinado sujeito, com relação à dívida formalmente contraída por outrem, não há que se falar em *desestimación*.

Importante sublinhar que os pressupostos arrolados acima são *cumulativos* e constituem, por assim dizer, o DNA da desconsideração da personalidade jurídica. Se qualquer deles não for preenchido, não se pode falar em autêntica desconsideração, mas em institutos diversos, ainda que produzam o mesmo efeito.

¹⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.”

¹⁶⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: 11.09.1990. “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.

[...]

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.”

Ainda que não se refira expressamente a tais pressupostos, é com base neles que o Direito positivo fixa critérios para aferir se houve ou não desrespeito à autonomia de um centro de imputação de interesses. Nessa linha, no art. 50 do Código Civil¹⁶¹ o termo “abuso da personalidade jurídica” deve ser entendido como sinônimo do quarto pressuposto aqui mencionado (a inobservância do necessário distanciamento entre a atividade desenvolvida pelo centro autônomo de imputação e os seus membros). O mencionado artigo *exemplifica* condutas que podem indicar a inobservância desse pressuposto, como “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”¹⁶². Evidentemente, outras existem que também caracterizam inobservância da separação de esferas patrimoniais. Ainda que não citadas expressamente no texto legal, todas estariam englobadas pelo conceito maior de “abuso da personalidade jurídica”. É o caso, por exemplo, da subcapitalização¹⁶³.

Em resumo, do ponto de vista histórico o elemento central caracterizador da desconsideração da personalidade jurídica é o desrespeito à autonomia da atividade desempenhada por um centro autônomo de imputação de direitos e deveres. Ao redor dele foram construídos os demais pressupostos para aplicação desse instituto.

Ocorre que a evolução histórica e cultural do país modificou profundamente a clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dando origem a uma variante que parece não se encaixar nesses pressupostos. Ao contrário, eles foram sendo progressivamente atenuados ou mesmo substituídos pelo juízo de eficiência econômica como parâmetro para manutenção ou afastamento da responsabilidade limitada. Assistiu-se, assim, ao surgimento de nova teoria, própria da realidade nacional.

Adiante se verá que essa releitura econômica alargou desmesuradamente o alcance da desconsideração da personalidade jurídica, contribuindo para a ocorrência de exageros jurisprudenciais, a ponto de comprometer as importantes funções da limitação de

¹⁶¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

¹⁶² Este também parece ser o entendimento de Calixto Salomão Filho: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 493. “[...] desvio de finalidade e confusão patrimonial só geram desconsideração se caracterizadoras do abuso de personalidade jurídica prevista [sic] no início do dispositivo. A caracterização desse abuso é então elemento central para a aplicação da regra do art. 50 do Código Civil de 2002.”

¹⁶³ Não é o caso, aqui, de se aprofundar no tema, diferenciando subcapitalização simples e qualificada. Para tal, recomenda-se a leitura de: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 221.

responsabilidade, além de causar insegurança jurídica no mercado. Justamente por isso é importante compreender esta nova teoria, esclarecendo em que medida ela se submete aos pressupostos históricos, bem como delineando seus marcos complementares. Isto será feito nos Capítulos IV e V. Por ora, pode-se sintetizar os pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica no seguinte quadro:

PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
1) Existência de centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio	
2) Atividade praticada por meio desse centro	
3) Atividade formalmente lícita	
4) Inobservância do distanciamento entre a atividade desempenhada pelo centro de imputação e a conduta de seus membros	
5) Inexistência de solidariedade legal	

2.5 – Limites subjetivos e objetivos.

No Brasil, os *limites subjetivos* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foram delineados a partir do art. 20 do revogado Código Civil de 1916¹⁶⁴, com destaque para o trabalho pioneiro de Rubens Requião. Fábio Konder Comparato, posteriormente, melhor delimitou o alcance da teoria, destacando que a desconsideração deveria ser feita em função do poder de controle societário, *de maneira a atingir apenas quem era titular desse poder e efetivamente agiu em desrespeito à autonomia da atividade societária*¹⁶⁵. Os demais sócios, notadamente os minoritários, não seriam atingidos.

Ainda sobre a subcapitalização, outra boa obra: DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização Societária: Financiamento e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁶⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 3.071. Rio de Janeiro. 01.01.1916.

¹⁶⁵ Em caráter complementar, Tavares Guerreiro analisou o poder de controle sob o prisma sociológico das relações que o constituem: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Sociologia do Poder na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n.º 77, p. 50-56, jan./mar. 1990. p. 53. “Mais que as doutrinas da penetração da personalidade jurídica, em seus variados matizes, a presente constatação me parece substancialmente útil para a correta identificação do foco último do poder na sociedade anônima, principalmente naqueles casos em que o acionista controlador não atua diretamente como administrador da sociedade. Se se pretende atingir a realidade, parece-me que se deva submeter a sérias reservas o princípio de que a sociedade anônima se institucionalizou, passando a ter vida própria e interesses próprios.

Na verdade, o arcabouço legal da sociedade anônima pode conduzir a essa ilusão. Mas a análise sociológica do poder demonstra, segundo penso, e aqui me refiro ao Brasil, que a sociedade anônima representa, não uma instituição, mas um instrumento de realização do interesse do acionista controlador.”

Excepcionalmente, nos casos em que este tipo de manipulação fosse cometido pelos minoritários, também a eles aplicar-se-ia a *disregard doctrine*. Há inclusive projeto de lei, infelizmente arquivado no ano de 2008, objetivando deixar claro que a *desestimación de la personalidad jurídica* incide exclusivamente em desfavor do sócio que não respeitou as formalidades e o devido distanciamento em relação à atividade societária¹⁶⁶. No mesmo sentido, o Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁶⁷.

Na prática, a esmagadora maioria dos casos envolvendo aplicação da *disregard doctrine* relaciona-se a sociedades. Olhando atentamente este ponto nota-se *escassez*¹⁶⁸ de casos envolvendo aplicação dessa teoria às sociedades anônimas abertas, tanto no Brasil¹⁶⁹ quanto no exterior, inclusive nos Estados Unidos¹⁷⁰. Contudo, os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica não sugerem que ela deva ser aplicada com menor frequência às companhias abertas. O que se constata é a abstenção no uso da teoria contra tais sociedades decorre da equivocada crença de que a desconsideração da personalidade poderia prejudicar a captação de poupança popular, espalhando medo e insegurança no mercado de capitais, na medida em que permitiria responsabilizar o pequeno investidor por dívida formalmente contraída por outrem.

¹⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.426. Autor: Deputado Ricardo Fiúza. Brasília: 05.11.2003. “Art. 4º. É vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio.”

¹⁶⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF, I Jornada de Direito Civil. Brasília: 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 24.02.2011. “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.”

¹⁶⁸ Exceto na Justiça do Trabalho, em que se encontram algumas decisões responsabilizando os administradores – e não os acionistas – em razão de dívida formalmente contraída pela companhia aberta. Como exemplo, veja-se o seguinte aresto: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Decisão Monocrática, AI em AGPT. n.º 20081029688, j. 13.11.2008, Rel. Desembargador Rafael E. Pugliese Ribeiro. Trecho da Ementa: “O fato de a empresa, sociedade anônima, ser de capital aberto ou fechado só tem relação com a possibilidade, ou não, de negociação de suas ações na Bolsa de Valores (Lei 6.404/76, art. 4º), mas não com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard theory*). Não se pode responsabilizar pessoalmente os acionistas que não tem qualquer poder de mando e direção da empresa, mas, nada obsta, contudo, que os dirigentes respondam pessoalmente pelos prejuízos decorrentes da administração por eles perpetrada, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil. Essa responsabilidade está em consonância com o que dispõe o art. 138, caput e § 1º da Lei 6.404/76, que dispõe sobre a sociedade por ações.”

¹⁶⁹ Conforme análise jurisprudencial do Capítulo III.

¹⁷⁰ No estudo empírico de Robert Thompson, que abarcou cerca de 1.600 decisões até 1985, não houve uma sequer contra sociedade anônima aberta: THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991. p. 1042. “Piercing of the corporate veil is limited to close corporations and corporate groups (parent/subsidiary or sibling corporations). In the entire data set, piercing did not occur in a publicly held corporation.”

O mesmo se repetiu em estudo posterior, que analisou julgados de 1986 a 1995: HODGE, Lee C.; SACHS, Andrew B. Piercing the Mist: Bringing the Thompson study into the 1990s. *Wake Forest Law Review*. n.º 43, p. 341-363, January. 2008. p. 349. “Initial observations made by Professor Thompson are also accurate for our data set. In none of the cases did the court pierce the veil of a public corporation.”

Tal crença não se justifica. Os mencionados limites da desconsideração bem demonstram que ela incide exclusivamente sobre quem manipula a limitação de responsabilidade, por meio de indevida ingerência na autonomia da atividade societária. Tenderia, assim, a atingir somente o titular do controle, principalmente nas companhias abertas, em que o minoritário geralmente busca apenas retorno financeiro de seu investimento, sem qualquer ingerência nos negócios sociais (“acionista renteiro”). Ademais, em se tratando de desconsideração inversa¹⁷¹ esta terá como limite a participação do sujeito atingido no patrimônio social, não prejudicando diretamente os demais acionistas.

Por essas razões já se constata a primeira *distorção* no uso da *disregard doctrine*, na medida em que incide com maior frequência contra sociedades limitadas (normalmente o tipo escolhido pelas pequenas empresas), ao invés das companhias abertas, dotadas de maior poder econômico. Isto contraria o objetivo do constituinte brasileiro, de desonerar o pequeno empresário¹⁷²:

A forma pela qual é aplicada a teoria da desconsideração (com ênfase nas pequenas empresas) distorce o conceito de função social e pode criar um desequilíbrio de forças no mercado, ao incentivar, ainda que por via oblíqua, as atividades das macroempresas em detrimento das inúmeras sociedades de pequeno e médio porte, as quais, de fato, são o verdadeiro motor da economia nacional¹⁷³.

Ainda no campo societário, terreno fértil para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica é o que diz respeito aos *grupos*¹⁷⁴. Não é o caso, aqui, de se aprofundar na distinção entre grupos de fato e de direito (estes últimos praticamente inexistentes na realidade nacional e no sistema alemão que lhes serviu de modelo), grupos

¹⁷¹ A desconsideração inversa será estudada no tópico 2.7, intitulado: Desconsideração direta e inversa.

¹⁷² BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05.10.1988. Arts. 170, IX e 179.

Consulte-se, ainda: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; PARENTONI, Leonardo Netto. Gargalos no Processo de Recuperação Judicial de Empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional II*. São Paulo: Quartier Latin. No prelo.

¹⁷³ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 427.

¹⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357. “Na verdade, a questão do afastamento da personalidade jurídica não é simples fruto de uma cogitação de gabinete, mas foi posta em direito sobretudo pela multiplicação dos grupos econômicos, um dos fenômenos centrais de nossa época.”

de coordenação e de subordinação¹⁷⁵, ou mesmo discutir as correntes doutrinárias acerca da responsabilização dos grupos econômicos¹⁷⁶. O que interessa para este trabalho é destacar que a vinculação entre sociedades, que pode manifestar-se de inúmeras maneiras (administração centralizada, submissão dos interesses de empresa membro ao interesse do grupo, arranjos societários relativos à concorrência, permeabilização de patrimônios¹⁷⁷, etc.) favorece a fragilização da autonomia das sociedades membro do grupo, como centro de imputação de direitos e deveres, permitindo ao controlador utilizá-las em desconformidade com as condicionantes da responsabilidade limitada, o que atrai a desconsideração da personalidade jurídica.

Nada obsta também que essa teoria seja aplicada contra *empresa pública* ou *sociedade de economia mista*¹⁷⁸, de modo a atingir seu controlador (União, Estados membros, Municípios ou entidades da administração indireta). O Estado, ser ético por excelência, não pode se furtar à responsabilização quando seus agentes utilizarem-se indevidamente da limitação de responsabilidade, desrespeitando as normas provenientes do próprio Estado. Neste caso, a peculiaridade no âmbito do direito material está em que o Poder Público terá direito de regresso contra o mencionado agente¹⁷⁹ e, no aspecto processual, diz respeito tanto à competência para processar o feito quanto ao pagamento por meio de requisição específica (precatório ou RPV).

¹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, Ant3nio Manuel da Rocha e. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

¹⁷⁶ Aspecto muito bem enfrentado por Calixto Salom3o Filho: COMPARATO, F3bio Konder; SALOM3O FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade an3nima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 416-432.

¹⁷⁷ Exemplo de desconsidera3o da personalidade jur3dica em grupo econ3mico, decorrente de confus3o patrimonial, 3 o famoso caso Faccenda, da It3lia: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *Il Nuovo Diritto Societario*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2006. v. 29. t. I. p. 170-171. “Caso emblematico 3, nella nostra giurisprudenza, il cosiddetto caso Faccenda. Questi era un costruttore edile che, per ogni edificio da costruire, costituiva una apposita societ3 di capitali; sicch3 il numero di societ3 delle quali risultava socio di maggioranza era, in ogni tempo, pari al numero dei cantieri da lui aperti. Fin qui nulla di anomalo: egli fruiwa, per quanto nella misura pi3 estesa, del beneficio della responsabilit3 limitata; diversificava i rischi relativi a ciascun edificio in corso di costruzione, impedendo che gli eventi negativi relativi a ciascun di essi (quelli che ne avevano reso la costruzione pi3 onerosa del previsto o che, a costruzione eseguita, ne avevano ostacolato la vendita) incidessero sull’utile realizzabile con la costruzione degli altri. Accade, infatti, che una delle sue societ3, non riuscendo a fare fronte alle spese incontrate nella costruzione, fu dichiarata fallita, mentre restavano *in bonis* tutte le altre societ3. Ancora nulla di anomalo: il Faccenda era la *holding* persona fisica di un gruppo di societ3, una sola delle quali, resasi insolvente, era stata dichiarata fallita. Senonch3 il curatore fallimentare, esaminando i conti bancari della societ3 fallita, scopr3 che l’imprenditore Faccenda utilizzava, indifferentemente, i conti correnti di ciascuna delle sue societ3 per eseguire i pagamenti relativi a ciascuna delle altre ed usava altres3 il suo personale conto corrente per pagare, all’occorrenza, debiti propri e debiti sociali. Il curatore pot3 allora constatare che questo imprenditore aveva solo nominalmente dato vita ad una pluralit3 di societ3 e che egli era, in realt3, null’altro che un imprenditore individuale; ottene cos3 la dichiarazione del suo fallimento in proprio e di tute le sue societ3.”

¹⁷⁸ Cujas defini3o consta do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967.

Questão interessante versa sobre a aplicabilidade da *disregard doctrine* a associações¹⁸⁰ e fundações¹⁸¹. O tema é polêmico porque estes sujeitos de direito, diferentemente das sociedades, desenvolvem *atividade não econômica* (entendida como aquela na qual o lucro visa a ser precipuamente reinvestido em seu próprio objeto, ao invés de distribuído a seus membros¹⁸²). Como, historicamente, a desconconsideração da personalidade jurídica surgiu aplicando-se a sociedades empresárias, poder-se-ia pensar que ela incide para combater o uso indevido da limitação de responsabilidade exclusivamente no contexto societário, estando restrita ao exercício de atividades econômicas.

Contudo, dentre os pressupostos do instituto não se insere o exercício de atividade econômica por parte do sujeito a ser desconconsiderado. Ao contrário, basta que exista centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio (seja ele sociedade, associação, fundação ou patrimônio destacado), ao qual se limita a responsabilidade de seus membros. E isto ocorre tanto nas associações – em que o associado responde apenas pelos valores com os quais contribuiu para a formação do fundo associativo – quanto nas fundações – em que a responsabilidade do instituidor é limitada aos bens por ele destinados para constituí-la. Requer-se, ainda, a existência de atividade desenvolvida por meio desse centro autônomo de imputação. Em nenhum momento se exige que a referida atividade tenha fins econômicos, pois isto é irrelevante para a teoria em exame.

Deve-se notar, porém, que se a atividade desenvolvida pela associação ou fundação for formalmente ilícita (por exemplo, fundação cujo estatuto prevê claramente o exercício de atividades próprias de empresário), não seria nem caso de aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, porque desnecessária, mas sim o de invocar a

¹⁷⁹ Uma vez que o STJ já decidiu ser *imprescritível* a ação civil pública visando ao ressarcimento de danos ao erário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 1.056.256/SP, j. 16.12.2008, Rel. Ministro Humberto Martins.

¹⁸⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

¹⁸¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.”

¹⁸² Não se deve confundir atividade *econômica* com atividade *lucrativa*. Lucrativa é a atividade que gera superávit. A lucratividade é pressuposto de qualquer atividade, pois o que é deficitário tende a não se manter em funcionamento, encerrando-se pela falência ou insolvência civil. A distinção entre “lucrativa” e “econômica” reside na *destinação do lucro*.

No mesmo sentido: BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

responsabilidade civil pessoal e direta de seus idealizadores. Como visto, a incidência da teoria em questão pressupõe *antijuridicidade subliminar*, não na forma em si, mas no conteúdo da atividade, na maneira como é exercida ou nos efeitos por ela efetivamente visados. Tanto assim que o quarto pressuposto consiste no distanciamento entre o centro autônomo de imputação e seus membros. Esse pressuposto seria desrespeitado, por exemplo, se houvesse distribuição de lucros aos membros do conselho administrativo de associação ou fundação, de forma semelhante aos dividendos, ou caso sua remuneração fosse de tal maneira superior aos padrões de mercado que configurasse distribuição disfarçada de lucros. *Nestas situações excepcionais seria cabível desconsiderar a personalidade jurídica de associação ou fundação, para responsabilizar seus membros ou administradores*¹⁸³. Isso até para evitar distorções no mercado, já que as associações e fundações não se sujeitam às mesmas regras – tributárias, por exemplo – que regem o exercício de atividades econômicas por meio de sociedade¹⁸⁴.

Tal conclusão não é isolada¹⁸⁵, visto que a ela também chegaram os juristas reunidos na IV Jornada de Direito Civil¹⁸⁶. Nestes casos extremos, não seria exagero

¹⁸³ Trata-se de situação diversa da responsabilização dos administradores de sociedade empresária. Para estes, a lei já prevê mecanismos de imputação direta de responsabilidade, o que torna desnecessário recorrer à *disregard*, tendo em vista o quinto pressuposto desta teoria. Já quanto às associações e fundações, diversamente, a ausência de regime legal próprio de responsabilização dos administradores torna possível o recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

Fábio Konder Comparato não alude expressamente ao ponto, mas parece admiti-lo, na medida em que considera a desconsideração da personalidade jurídica como medida cabível contra o desvio de função nas diversas espécies de pessoa jurídica: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 356. “Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais.”

¹⁸⁴ Tanto existe a possibilidade de manipulação indevida da responsabilidade limitada por meio dessas pessoas jurídicas que a proposta de novo Código Comercial atenta para o tema, reforçando a proibição de que elas exerçam, *diretamente*, qualquer tipo de atividade econômica: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12. “Muitas associações e fundações exploram atividade comercial ou de prestação de serviços para gerarem receita destinada ao custeio de seus fins não econômicos. Isso, contudo, dá ensejo a algumas distorções na competição. Essas pessoas jurídicas podem servir, indevidamente, à exploração de atividades empresariais, sem ficarem expostas às graves consequências da falência.

A ‘minuta’ [de novo Código Comercial] imagina que essas distorções seriam neutralizadas determinando que a associação ou fundação somente poderia explorar atividade econômica por meio de uma sociedade, por ela constituída ou na qual ingressasse mediante subscrição ou aquisição de participação societária.”

¹⁸⁵ Por exemplo: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 58-60.

¹⁸⁶ Neste sentido o Enunciado nº 284 do Conselho da Justiça Federal: BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF, IV Jornada de Direito Civil. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25.02.2011. “284 – Art. 50. As

cogitar da legitimidade de terceiro interessado, ou mesmo do Ministério Público¹⁸⁷, para pleitear a desconconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir quem se apropriou indevidamente do patrimônio de uma fundação, dado o reflexo negativo dessa conduta sobre a coletividade.

Para concluir a delimitação do alcance subjetivo do instituto cumpre destacar que a desconconsideração da personalidade jurídica *também pode ser invocada pelos próprios centros autônomos de imputação, a seu favor*, já que inexistente restrição dogmática a isso¹⁸⁸.

Passando aos *limites objetivos*, a desconconsideração *atinge todo o patrimônio do sujeito contra o qual for aplicada*. No caso de desconconsideração intentada contra sócio, por exemplo, o montante que poderá ser cobrado não se restringe à participação dele no patrimônio social¹⁸⁹. Até porque, se assim fosse, haveria brecha para o uso indevido da limitação de responsabilidade uma vez que o sócio saberia, de antemão, qual o limite máximo de suas perdas, podendo calcular os prós e contras de eventual conduta ilícita.

Em se tratando de *desconconsideração inversa*¹⁹⁰, no entanto, a incidência da teoria *terá como limite a participação do sócio desconsiderado no patrimônio social*, a fim de evitar brusca descapitalização da pessoa jurídica e imposição de indevido ônus aos demais sócios, os quais não violaram os pressupostos da limitação de responsabilidade.

Por fim, cabe tecer algumas considerações sobre a desconconsideração em caso de insolvência ou iliquidez do empresário¹⁹¹. *Tratando-se de empresário submetido à recuperação* – judicial ou extrajudicial –, a desconconsideração intentada *contra* ele deve ser analisada com bastante cautela, sob pena de comprometer o soerguimento da empresa,

pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.”

¹⁸⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.”

Quanto às fundações situadas no Distrito Federal, a atribuição referida no art. 62 compete ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, não ao Ministério Público Federal, como já decidiu o Pretório Excelso: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI. n.º 2.794/DF, j. 14.12.2006, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF, IV Jornada de Direito Civil. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25.02.2011. “285 – Art. 50. A teoria da desconconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.”

¹⁸⁹ A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 331.921/SP, j. 17.11.2009, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.169.175/DF, j. 17.02.2011, Rel. Ministro Massami Uyeda.

¹⁹⁰ A ser estudada neste capítulo, no tópico 2.7.

¹⁹¹ Sobre a conceituação de insolvência no Direito Comparado, com menção às definições de França, Itália, Portugal, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América, bem como acerca da distinção entre insolvência e iliquidez, recomenda-se: PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 637-646.

fulminando os princípios da função social¹⁹² e da preservação¹⁹³, objetivos maiores da Lei nº 11.101/2005¹⁹⁴. Já a desconsideração intentada *pelo próprio empresário recuperando* (ou mesmo pela massa falida), não apresenta maiores peculiaridades.

Neste assunto, o ponto gerador de polêmica diz respeito à incidência da *Durchgriff* contra empresários *em situação falimentar*. Há quem sustente ser preferível aplicar a desconsideração ao invés de requerer a falência, sob o argumento de que aquela contribuiria para a preservação da empresa, permitindo ao devedor satisfazer apenas o crédito de quem a requereu, mantendo-se a salvo dos demais credores¹⁹⁵. Não é este, todavia, o pensamento do autor. Com efeito, *constatada a inviabilidade de recuperação do empresário devedor, deve ser instaurado o procedimento de execução concursal, a fim de reunir todos os credores e promover a classificação de seus créditos, em um único processo, de maneira a que sejam pagos segundo a ordem legal de preferência*. O objetivo é evitar que credores mais ágeis – e normalmente de maior porte econômico, como as instituições financeiras – possam obter a satisfação de seu crédito, inclusive por meio da

¹⁹² Equívoco comum na práxis forense é confundir função social e boa-fé objetiva. De início, pode-se dizer que o princípio da função social visa a tutelar *terceiros* atingidos pelo contrato, não os próprios contratantes. Para a proteção destes últimos o Direito disponibiliza a boa-fé objetiva, dentre outros instrumentos. Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social do Contrato: Primeiras anotações*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLII, n.º 132, p. 07-24, out./dez. 2003. p. 22.

Do mesmo sentir: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51.

¹⁹³ Princípios estes que nem de longe constituem “novidade” introduzida pelo Código Civil de 2002, pois já sedimentados na doutrina e jurisprudência muito antes desse diploma, como frisou Paula Forgioni: FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 245-246. “Estandalhaço tem sido feito quanto a esse ponto, dizendo que o novo Código Civil seria inovador ao retirar o contrato de sua visão individualista extremada, lançando-o na estrada de sua função social. Na verdade, esse texto normativo nada mais expressa senão a concreção de um princípio constitucional e de uma tradição já identificada nos Tribunais. A função social do contrato está positivada na Constituição Federal de 1988: lembre-se que a liberdade de contratar é corolário necessário da afirmação da propriedade privada dos bens de produção, de modo que não há função social da propriedade sem função social dos contratos.

Ademais, a ‘socialização’ dos contratos comerciais é uma forte tendência jurisprudencial no direito mercantil.

[...] Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, tememos que a inovação trazida pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica.”

¹⁹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.101. Brasília: 09.02.2005. “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

¹⁹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238. “No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade (art. 94, inc. II, da Lei 10.101, de 9.2.2005), o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, (...) pedir diretamente a penhora em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). A desconsideração nesse caso, além de atender melhor aos próprios interesses do credor, que seguramente não pretenderá sujeitar-se ao concurso falimentar com os demais credores, tem consequências benéficas para a comunidade, na medida em que evita a falência.”

desconsideração, ao passo que credores vulneráveis, como os trabalhadores, vejam burlada a ordem de pagamento prevista em lei. Neste caso, há verdadeira incompatibilidade entre a maneira como se processam a desconsideração da personalidade jurídica e a falência. Enquanto esta constitui modalidade de execução concursal, que pressupõe insolvência (ou atos que caracterizem estado falimentar) assentando-se no princípio da *par conditio creditorum* (tratar igualmente os titulares de crédito da mesma natureza, até por razões de isonomia¹⁹⁶), aquela incide apenas no caso concreto, em benefício de credor ou grupo de credores determinado, não pressupõe a insolvência¹⁹⁷ e baseia-se justamente no princípio oposto: *prior in tempore potior in iure* (quem primeiro promover a constrição sobre os bens do devedor terá seu crédito satisfeito em primeiro lugar). Diversamente ocorre quando, *após a decretação da falência*, operar-se a desconsideração da personalidade jurídica. Neste caso, é possível aplicar o referido instituto sem contrariedade ao princípio da *par conditio creditorum*, pois o patrimônio do sujeito atingido não será destinado à

¹⁹⁶ TARZIA, Giuseppe. Il Giusto Processo di Esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LVII, n.º 2, p. 329-350, apr./giu. 2002. p. 346. “Appare naturale il confronto tra la regola della *par conditio creditorum*, che pone tutti i creditori – pignorante e intervenuti - sullo stesso piano nella fase della distribuzione (salve le cause di prelazione, e salve talora le distinzioni fra creditori intervenuti tempestivi e tardivi) e l’opposto principio *prior tempore potior iure* (o *Präventionsprinzip*) che domina in altri Paesi ed assicura un diritto di preferenza al creditore pignorante. Né mancano sistemi intermedi, come la raccolta dei creditori in gruppi secondo i tempi delle loro iniziative esecutive, o combinano le due regole, come in Francia: dove al concorso eguale dei creditori nella *saisie-vente* dei beni mobili si contrappone la preferenza assoluta per il primo pignorante nella *saisie-attribution*, nell’assegnazione immediata dei crediti di danaro pignorati.

Ci si può chiedere se tutto questo abbia a che vedere con la garanzia costituzionale della parità delle parti. In effetti si è discusso sul valore del principio della *par condicio* come espressione del principio costituzionale di uguaglianza.”

¹⁹⁷ Tanto assim que o Enunciado nº 281 do Conselho da Justiça Federal deixa claro não ser necessária a insolvência para aplicação dessa teoria: BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25.02.2011. “281 – Art. 50. A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.”

Walfrido Júnior admite a incidência da desconsideração a centros de imputação insolventes, porém adverte que a insolvência, *por si só*, não é causa para a incidência deste instituto, acarretando, tão somente, *presunção relativa* de inobservância da separação patrimonial, de forma que o ônus da prova seja transferido aos membros desse centro de imputação: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 212-213; 226-227. “O esgotamento ou a insuficiência do capital e, portanto, do patrimônio social não permitem concluir, todavia, que tenha ocorrido apropriação, pelos sócios, de meios de produção da sociedade. Esse estado pode ser consequência ordinária do exercício da atividade empresarial e dos riscos que dela decorrem.

É bem possível que se esgote o patrimônio ou se torne insolvente a sociedade, sem que seus administradores tenham violado os deveres de diligência e lealdade, ou que os sócios tenham se apropriado de posições jurídicas ativas de titularidade da sociedade.

[...]

Cremos que a inversão do ônus da prova – que pode se operar consensualmente, por determinação legal ou por decisão judicial – deva, nos casos em que se pretende a imputação de responsabilidade dos sócios por apropriação de meios de produção da sociedade, decorrer de *presunção relativa*.”

satisfação exclusiva do credor/desconsiderante, mas repartido pelo Juízo universal, conforme a ordem legal de créditos¹⁹⁸.

2.6 – Reserva de jurisdição, procedimento arbitral e desconsideração *ex officio*.

Reserva de jurisdição é um princípio constitucional assim definido pelo Ministro Celso de Mello:

O postulado da *reserva constitucional de jurisdição* importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a *primeira palavra*, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado¹⁹⁹.

¹⁹⁸ O cabimento de desconsideração quando já instaurado o processo falimentar é pacífico no Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 63.652/SP, j. 13.06.2000, Rel. Ministro Barros Monteiro.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, MS. n.º 23.452/RJ, j. 16.09.1999, Rel. Ministro Celso de Mello. Trecho do voto do Relator.

Essa lição parece ter sido extraída da obra de Canotilho, conforme se percebe da seguinte passagem: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988. p. 580. “A idéia de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas de liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade.”

São poucos os estudos que relacionam a desconsideração da personalidade jurídica ao postulado constitucional da reserva de jurisdição. Talvez porque este último ainda não esteja devidamente aclarado sequer no próprio Supremo Tribunal Federal²⁰⁰. Normalmente este princípio é analisado em casos pontuais, como a impossibilidade de órgãos administrativos promoverem a quebra de sigilo bancário²⁰¹, ou na seara criminal, nos casos de prisão fora das hipóteses de flagrante delito. No entanto, falta ao Supremo Tribunal Federal discorrer de maneira específica sobre o assunto.

Convém enfrentar o tema, ainda que resumidamente, para melhor compreender a desconsideração da personalidade jurídica. De início cumpre diferenciar reserva de jurisdição relativa, também conhecida como *inafastabilidade da jurisdição*, da reserva de jurisdição absoluta. A primeira é garantia ampla no sentido de que todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado de lesão a seus direitos poderá recorrer ao Judiciário²⁰². Por sua vez, a *reserva de jurisdição absoluta* é mais restrita e consiste na determinação constitucional para que certas medidas somente possam ser validamente ordenadas, *ab initio*, por magistrado de carreira²⁰³.

Feito esse esclarecimento, dois raciocínios são possíveis: (i) por se tratar de situações excepcionais, as hipóteses de reserva de jurisdição absoluta estão taxativamente previstas no texto constitucional²⁰⁴; ou (ii): o mencionado princípio incide além da literalidade da Constituição. Filiando-se a segunda corrente, Canotilho sustenta existir

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, MS. n.º 23.452/RJ, j. 16.09.1999, Rel. Ministro Celso de Mello. Trecho do voto do Relator: “O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) juízes do Supremo Tribunal Federal – Min. Celso de Mello (Relator), Min. Marco Aurélio, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Néri da Silveira e Min. Carlos Velloso (Presidente) – não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal [...]”

²⁰¹ Por exemplo, quando o STF considerou *inconstitucional* dispositivo da Lei Complementar n.º 105/2001, que havia ampliado as hipóteses de quebra de sigilo bancário para admitir que fosse realizada diretamente pelos órgãos de fiscalização tributária, sem autorização judicial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE. n.º 389.808/PR, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Também por força da reserva de jurisdição, o Tribunal de Contas da União não pode realizar quebra de sigilo bancário: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, MS. n.º 22.801/DF, j. 17.12.2007, Rel. Ministro Menezes Direito.

²⁰² RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 1997. p. 65.

²⁰³ VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar*. 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 65. “Reserva absoluta de jurisdição é, portanto, a situação de conflitos de interesses que exige a atuação do Poder Judiciário de forma exclusiva, porquanto sua resolução, além de envolver um ato materialmente jurisdicional [...], envolve risco de violação a bem constitucionalmente relevante, relacionado ao interesse público primário.”

²⁰⁴ Por exemplo, a inviolabilidade das comunicações: BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05.10.1988. “Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

reserva de jurisdição absoluta sempre que se estiver diante de *interesse público primário*²⁰⁵. Desenvolvendo este raciocínio, Fernanda Vilares concluiu que a reserva de jurisdição pode decorrer também de previsão legal ou da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sempre que se estiver diante de agressão a direitos fundamentais, como liberdade, intimidade, ou *patrimônio*²⁰⁶.

Desse modo, como a desconsideração da personalidade jurídica repercute não apenas sobre o patrimônio do sujeito atingido, interferindo também na função macroeconômica da limitação de responsabilidade, considerada de interesse público primário pelas razões já expostas no Capítulo I, pode-se concluir que *a desconsideração da personalidade jurídica submete-se à reserva de jurisdição absoluta*²⁰⁷.

O tema, porém, está longe de ser pacífico. De um lado existem projetos de lei²⁰⁸ impondo a reserva de jurisdição; de outro, há quem sustente que a desconsideração pode ser aplicada por *autoridade administrativa*, independentemente de ordem judicial²⁰⁹.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988. p. 669. “Fora os casos individualizados na Constituição, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios. É este o caso quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efetiva proteção jurídica.”

²⁰⁶ VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar*. 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 62-63; 108; 110. “[...] no nosso entender, apenas o interesse público primário tem o condão de tornar a reserva de jurisdição absoluta, uma vez que o valor máximo de uma sociedade situa-se nos indivíduos que a compõem e apenas o risco de violação de seus direitos fundamentais é que justifica a atuação do Poder Judiciário como seu único guardião.

[...] afirmamos que a reserva de jurisdição absoluta poderia ser *constitucional*, quando prevista expressamente no texto supremo; *legal*, quando positivada em lei ordinária; ou *implícita*, quando as circunstâncias levassem à imperiosidade da decisão judicial para a resolução do caso.”

²⁰⁷ Mesmo quem analisa o tema sob o prisma eminentemente processual conclui da mesma forma: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 31. “Somente o Poder Judiciário pode impor sanções ao patrimônio de alguém, já que esse tema é intimamente relacionado à execução civil.”

²⁰⁸ Por exemplo: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 88. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Brasília: 16.08.2011.

²⁰⁹ FARIAS, Luciano Chaves de. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa: Aplicação da Teoria. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 25, p. 24-40, fev./mar. 2009. p. 30-34.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho sustenta ser possível à Administração Pública, extrajudicialmente, desconsiderar a personalidade jurídica, desde que observados o contraditório e a ampla defesa, em regular processo administrativo: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 765-766.

Veja a crítica a esse posicionamento: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 394-395. “[...] limitações e restrições maiores ou mais gravosas aos direitos fundamentais encontram-se submetidas não somente a uma reserva legal, mas também a uma reserva de jurisdição (em sentido próprio/privativo) quanto à decisão de decretação da medida (exemplos: artigo 5º, XI; XII; XIX, CFRB 88).

Ora, a desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo como um regime geral, quebra toda a estrutura da responsabilidade pessoal no direito brasileiro. Logo, é ilegítima, nesse contexto, a possibilidade genérica

Discute-se, também, a desconsideração da personalidade jurídica no *procedimento arbitral*. Como argumentos a favor de sua incidência tem-se o fato de que a lei brasileira trata o árbitro como “juiz de fato e de direito”, dispensando a posterior homologação de suas decisões pelo Poder Judiciário²¹⁰. Ademais, sendo presumível maior especialização dos árbitros em relação aos magistrados de carreira, é de se esperar que tenham maior domínio do assunto *sub judice*, contribuindo para decisões mais técnicas²¹¹, que respeitem os pressupostos da *disregard doctrine*. Tem-se, ainda, garantia complementar ao sujeito atingido pela desconsideração porque os atos de constrição patrimonial seriam efetivados pelo Judiciário²¹², a quem incumbiria coibir eventuais abusos²¹³, assegurando a observância do art. 620 do Código de Processo Civil²¹⁴.

Nessa linha, há algumas décadas o Direito Comparado registra casos de desconsideração da personalidade jurídica em procedimento arbitral, a fim de responsabilizar sociedade membro de grupo econômico, diversa da que formalizou a convenção de arbitragem, quando provado que a sociedade subscritora desta convenção teve sua conduta guiada por outra companhia do grupo²¹⁵.

de mesmo a lei ordinária permitir que a Administração possa determinar essa medida unilateralmente, mais ainda sem contraditório prévio.”

²¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.307. Brasília: 23.09.1996. “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

Para aprofundamento, recomenda-se: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n.º 72, p. 53-74, out./dez. 1993; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça destacou que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, inclusive para extinguir relações jurídicas: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 637.055/BA, j. 28.09.2004, Rel. Ministra Eliana Calmon.

²¹¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Tendências atuais do Direito Societário*. Palestra proferida em Curitiba, na OAB/PR, em 13/08/1999. Disponível em <<http://www.obcl.com.br/>>. Acesso em 14.11.2000. p. 5.

²¹² BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.307. Brasília: 23.09.1996. “Art. 22. [...]”

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.”

²¹³ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 81. “Na arbitragem a desconsideração também pode ter incidência. [...] Assim, o árbitro poderá apurar a responsabilidade do sócio, causas que autorizam a desconsideração, produzir as provas acerca disso etc. Mas a execução desse *decisum* se dará por meio do Poder Judiciário, já que é ali que se executam as sentenças arbitrais [...]”

²¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

²¹⁵ Exemplo é o *leading case* Dow Chemical: ICC. International Court of Arbitration. Sentença Parcial nº 4131. j. 23.09.1982. Dow Chemical *versus* Isover Saint Gobain.

O grupo Dow Chemical era, à época, formado por quatro companhias, sendo a matriz situada nos Estados Unidos da América, duas subsidiárias na Suíça e uma na França. Apenas as subsidiárias suíças haviam celebrado contratos com a empresa Isover Saint Gobain, contendo cláusula compromissória arbitral. Iniciado o procedimento de arbitragem entre as subsidiárias suíças e a Isover Saint Gobain, os árbitros decidiram que

Não é este, porém, o posicionamento do autor. Como bem destacou o Ministro Celso de Mello, em voto citado no início do tópico, a reserva de jurisdição absoluta não consiste apenas na possibilidade de exame – ou mesmo de reexame – do fato pelo Poder Judiciário, mas na necessidade de que este seja chamado a dar a primeira palavra sobre o caso ou, como prefere Canotilho, o *monopólio da primeira palavra*. Consequentemente, matérias sujeitas à reserva de jurisdição absoluta – como se entende ser o caso da desconsideração da personalidade jurídica – não podem ser decididas em procedimento arbitral.

Deste reconhecimento da cláusula de reserva de jurisdição não decorre que a *disregard doctrine* deva sujeitar-se à subjetividade de um modelo do tipo *judge made law*. Pelo contrário, adiante se verá que o posicionamento deste autor é contra a incidência da mencionada teoria com fulcro exclusivamente em critérios de eficiência econômica. O que se sustenta é que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode decorrer de *ordem judicial emanada de magistrado público, servidor de carreira*, com estrita observância dos pressupostos que embasam essa teoria. Fincada tal premissa, o próximo passo é saber se a desconsideração pode ser decretada de ofício pelo juiz ou se depende de provocação do interessado.

Em se tratando de relações privadas²¹⁶, sem presunção legal de vulnerabilidade, não faria sentido aplicar de ofício a *disregard doctrine*, pelo risco de comprometer a imparcialidade do magistrado e a autonomia das partes. Por isso, a regra geral do art. 50 do Código Civil exige “requerimento da parte ou do Ministério Público”.

os efeitos da sentença arbitral deveriam alcançar todas as empresas membro do grupo Dow Chemical, inclusive a matriz norte-americana.

Para mais detalhes consulte-se: PARK, William W. Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma. In: MACMAHON, Belinda (Coord.). *Multiple Parties in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

²¹⁶ Sabe-se que a expressão “relações privadas” é perigosa, tendo em vista ser cada vez mais tênue a fronteira entre público e privado na sociedade contemporânea, como salienta a doutrina. Vide, por exemplo: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas. p. 6-7. Disponível no endereço <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Acesso em 18.11.2008. “Existiria algo mais questionável, hoje em dia [do que a divisão do Direito em Público e Privado]? Atente-se que as negações à bipartição não partem dos teóricos do direito, da chamada ‘ciência dogmática do direito’, mas sim do próprio fenômeno jurídico, que cada dia menos atende ao esquematismo das divisões clássicas. (Lourival Vilanova diria que a negação não está em nível da metalinguagem, mas sim da linguagem objeto).

[...]

Modernamente, com o surgimento de novas relações sociais, que reclamavam tratamento específico, o direito foi instado a apresentar soluções para novos problemas, o que redundou na criação de normas de caráter híbrido, que não se colocavam bem em nenhum dos dois clássicos pilares do direito (público e privado). Assim, embora aparentemente sem intenção, foi criada, pela força dos fatos, uma brecha na sempre criticada divisão entre o direito público e privado, com o surgimento de novos ramos do direito, que não se acomodavam na bipartição clássica.”

No mesmo sentido: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39-40.

Diversamente, nas relações jurídicas marcadas pela *vulnerabilidade*, a jurisprudência vem interpretando certos dispositivos legais no sentido de que eles possibilitariam a desconsideração de ofício, em prol da parte vulnerável, com base no poder geral de cautela do magistrado. Por exemplo, no caso Encol²¹⁷. Trata-se de contexto fático no qual a Encol S/A – Engenharia Comércio e Indústria, construtora de grande porte, veio a ser declarada falida, por descumprimento de condições impostas na concordata preventiva. O Juízo universal da falência, *de ofício*, determinou medida cautelar de indisponibilidade dos bens de diretores e ex-diretores da companhia, aplicando, em seguida (também de ofício), a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizá-los pelas dívidas sociais, por entender que haviam dilapidado fraudulentamente o patrimônio da companhia, mediante transferência de bens a outras empresas.

Neste e noutros julgados que aplicaram de ofício a *disregard doctrine* avulta o traço comum de buscar a tutela de um sujeito com presunção legal de vulnerabilidade, como consumidores ou empregados. De fato, as hipóteses de presunção legal de vulnerabilidade amoldam-se a uma variante da desconsideração da personalidade jurídica, própria da realidade nacional e diversa da teoria clássica, sendo, por isso mesmo, guiada por pressupostos complementares. Porém, mesmo nestes casos excepcionais não se admite a desconsideração por iniciativa do juiz. Tal ponto foi mal compreendido pela jurisprudência, tendo se convertido num dos fatores que levou à superutilização do instituto.

2.7 – Desconsideração direta e inversa.

A desconsideração inversa consiste em imputar a um centro autônomo de direitos e deveres obrigação formalmente contraída por seus membros. A nomenclatura decorre do fato de que tal teoria fora inicialmente aplicada, por obra da jurisprudência, a casos nos quais se pretendia atribuir ao sócio obrigação formalmente contraída pela sociedade. Assim, sua utilização contra a pessoa jurídica constituiria aplicação inversa da mesma regra, como ilustrado a seguir:

Sociedade Sócio: desconsideração direta

Sociedade Sócio: desconsideração inversa

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 370.068/GO, j. 16.12.2003, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

Na década de 50 publicou-se o primeiro estudo sobre o assunto, do jurista alemão Ulrich Drobni²¹⁸. No Brasil, o precursor foi Fábio Konder Comparato²¹⁹, no final dos anos 70. Ocorre que até bem pouco tempo a jurisprudência pátria parecia desconhecer o tema²²⁰, que somente ganhou destaque em 2008, a partir do caso Caoa²²¹. Neste, o sócio majoritário (titular de aproximadamente 99% do capital social) das sociedades empresárias Caoa do Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A, a maior distribuidora de veículos da marca Hyundai no país, possuía dívida em relação a determinado escritório de advocacia, em razão de serviços jurídicos prestados por este. Visando ao pagamento do débito, o escritório acionou judicialmente o controlador da Caoa. Durante a penhora de numerário nas contas do executado, por meio do sistema BACENJUD²²², identificou-se que ele não possuía saldo bancário, ainda que fosse notoriamente conhecido como milionário, tanto que a imprensa o chamou de “Henry Ford brasileiro”. Neste contexto, o exequente requereu a constrição sobre bens do grupo Caoa²²³.

²¹⁸ DROBNIG, Ulrich. *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. apud CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 333.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 346. “Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador.”

²²⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. 155 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1987. Manuscrito. p. 148. “Parece óbvio que o “véu” da personalidade jurídica pode ser perfurado em ambos os sentidos.

Em algumas circunstâncias, é também possível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para atingir o patrimônio desta, em execuções contra os sócios. Todavia, essa possibilidade não tem merecido maior consideração por parte da doutrina e da jurisprudência.”

Vide também: BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF, IV Jornada de Direito Civil. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25.02.2011. “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.”

No âmbito processual, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2. p. 1191. “(...) a chamada desconsideração inversa somente se legitima quando, pela participação do sócio-obrigado no capital social, a sociedade tornou-se mera extensão de sua pessoa física.”

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 29ª Câmara Cível, AI. n.º 1.198.103-0/0, j. 05.08.2008, Rel. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

²²² Sobre o BACENJUD, consulte-se: YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução Civil: Novos Perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 119-122.

No âmbito jurisprudencial: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.043.759/DF, j. 25.11.2008, Rel. Ministra Nancy Andrighi; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, REsp. n.º 1.112.943/MA, j. 15.09.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 29ª Câmara Cível, AI. n.º 1.198.103-0/0, j. 05.08.2008, Rel. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Trecho do Voto do Relator: “Trata-se de agravo de instrumento manejado por Manuel Alceu Affonso Ferreira Advogados, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios que promove contra Carlos Alberto de Oliveira Andrade julgada procedente, e em fase de cumprimento de sentença. Alega que o MM. Juiz deferiu o bloqueio e a penhora eletrônica da quantia de R\$ 557.645,23 das contas ou aplicações bancárias do devedor, tendo o Banco Central informado que todas as contas bancárias do executado estavam zeradas. Considerando-se que, como é público e notório, o devedor

O Relator do caso concluiu que havia confusão patrimonial entre a pessoa física do sócio majoritário e as demais empresas do grupo, a ponto de considerar que todo ele funcionava, na prática, como sociedade unipessoal²²⁴. Determinou, em consequência, a aplicação inversa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por entender que a limitação de responsabilidade havia sido obtida de forma artificial, sem o necessário respeito à autonomia da atividade societária, como centro de decisões. Após o caso Caoa, rapidamente o tema chegou aos tribunais superiores e o cabimento da desconsideração inversa foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em junho de 2010²²⁵.

Além da seara comercial, outro campo em que a desconsideração inversa vem sendo aplicada com frequência é o *Direito de Família*²²⁶. Nesta área, duas são as situações principais: (i) o indivíduo casado no regime da comunhão parcial de bens, em que as cotas

é empresário de sucesso, multimilionário, sócio-controlador e “dono absoluto” das sociedades Hyundai Caoa do Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A, pleiteou a intimação das sociedades empresárias para se manifestarem sobre o bloqueio e penhora virtuais da quantia executada, as quais ingressaram nos autos e formularam resistência à constrição de numerário de suas contas bancárias, pedindo ainda a imposição de encargos sucumbenciais à agravante.”

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 29ª Câmara Cível, AI. n.º 1.198.103-0/0, j. 05.08.2008, Rel. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Trecho do Voto do Relator: “Carlos Alberto de Oliveira Andrade é o Diretor Presidente da sociedade Hyundai Caoa do Brasil Ltda. (fls.225). Referida sociedade era constituída com o capital social de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), e tinha como sócios: Carlos Alberto de Oliveira Andrade, com 135.000.000 de cotas no valor de R\$ 135.000.000,00 e sua esposa Izabela Molon Luchési de Oliveira Andrade, com 15.000.000 de cotas no valor de R\$ 15.000.000,00, exercendo a gerência, exclusivamente, o sócio Carlos Alberto de Oliveira Andrade (contrato social de fls.261/265). De acordo com a 22ª alteração do contrato social, registrada na JUCESP, atualmente, a sociedade é constituída pelos seguintes sócios: Caoa Family Participações S/A, que é titular de 149.999.999 cotas no valor de R\$ 149.999.999,00 e a esposa do agravado Izabela Molon Luchési de Oliveira Andrade, com 1 cota no valor de R\$ 1,00, totalizando: R\$ 150.000.000,00 (fls.227/238), figurando como Diretor-Presidente Carlos Alberto de Oliveira Andrade.

Impossível não consignar que a retirada de Carlos Alberto de Oliveira Andrade da sociedade, sendo substituído pela sociedade que tem a sugestiva denominação ‘Caoa Family’ com 149.999.999 cotas e a participação da esposa do senhor CAOAA, que obviamente, pertence à ‘Caoa Family’, com apenas 1 cota, confere à referida sociedade a natureza de sociedade unipessoal, sendo este o expediente utilizado por aqueles que se dedicam ao ramo da ‘blindagem patrimonial de empresas’ para atingir seus objetivos escusos.”

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 948.117/MS, j. 22.06.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

²²⁶ Recomenda-se: MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 28. “É larga e produtora sua aplicação no processo familiar, principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira verificar nas relações nupciais e de concubinatos que os bens materiais comprados para uso dos esposos ou concubinos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontrem-se registrados e adquiridos em nome de empresas de que participa um dos consortes ou conviventes.”

Do mesmo autor: MADALENO, Rolf. *Disregard e a sua efetivação no Juízo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; MADALENO, Rolf. *Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Aprecie-se, também: MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, Divórcio e Fraude na Partilha de Bens: Simulações Empresariais e Societárias*. São Paulo: Atlas, 2009.

de sociedade anteriormente constituída não se comunicam ao cônjuge²²⁷, antevendo uma possível separação do casal, transfere parcela substancial de seu patrimônio para a sociedade, a fim de subtrair tais bens da partilha; ou (ii) tratando-se de regime de bens no qual as cotas participam da partilha, o sócio que recebe *pro labore* reduz esta verba, propositadamente, a fim de pagar valor menor de pensão, por teoricamente possuir menos renda²²⁸. Em ambos os casos, desrespeitada a autonomia da atividade societária como centro de imputação de direitos e deveres, passando a agir o sócio como titular de poder direto sobre os bens sociais, cabível é a desconsideração inversa.

Quanto aos pressupostos, a desconsideração inversa segue o mesmo regime da tradicional. Varia apenas o limite objetivo, porque a desconsideração inversa *restringe-se à participação do sócio/desconsiderado no capital social*. Isto para evitar a brusca descapitalização da pessoa jurídica, em prejuízo desta, dos credores sociais e dos sócios que não utilizaram indevidamente a limitação de responsabilidade. Não fosse por este limite, em situações extremas a incidência deste instituto poderia acarretar até a insolvência da pessoa jurídica atingida.

Com efeito, o interesse do credor é, em geral, obter a satisfação de seu direito da forma mais simples e rápida, o que permite concluir que preferirá a penhora de dinheiro em conta da sociedade, via BACENJUD ou penhora de faturamento²²⁹. Apenas se infrutíferas estas hipóteses, buscaria subsidiariamente a penhora de cotas do sócio. O

²²⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;”

²²⁸ Recorde-se que a pensão alimentícia assenta-se na proporcionalidade entre a *possibilidade do alimentante* e a *necessidade do alimentado*. Assim, reduzir a renda do prestador, temporariamente e de forma artificial, constitui ardil para diminuir o valor da pensão.

Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. “Para definir valores, há que se atentar ao princípio que norteia a obrigação alimentar: o princípio da proporcionalidade. Este é o vetor para a fixação dos alimentos. Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor da pensão. No entanto, esta mensuração é feita para que se respeite o critério maior, da proporcionalidade. Por isso, se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.”

²²⁹ Importante distinguir a *penhora de créditos* da *penhora de faturamento*. A primeira encontra respaldo nos arts. 671 a 676 do Código de Processo Civil e recai sobre direitos certos ou determináveis do devedor, efetivando-se por simples intimação a terceiro, que fica obrigado a depositar em Juízo prestações ou juros, evitando com isso que o executado receba esses valores e frustre a satisfação do crédito.

Diversamente, a penhora de faturamento constitui medida excepcional, disciplinada pelos arts. 677 a 679 do Código de Processo Civil, que se efetiva por meio da nomeação judicial de um depositário, o qual tem acesso às contas da pessoa jurídica e fica obrigado a elaborar plano de administração, assegurando periodicamente a efetivação da penhora, por meio de depósitos postos à disposição do Juízo.

problema é que esse procedimento, a depender do montante constricto, pode estrangular o fluxo de caixa da empresa, comprometendo sua continuidade. *Portanto, deve-se respeitar não apenas o limite total da penhora, proporcional à participação do desconsiderado no patrimônio social, como também que os valores periodicamente retidos do caixa da empresa não o sejam em montante que inviabilize suas atividades*²³⁰. Caso a penhora de faturamento possa comprometer a continuidade da empresa, a solução é promover a penhora da participação social do desconsiderado (quotas ou ações, por exemplo), caso em que os demais membros da sociedade atingida terão a oportunidade de exercer seu direito de preferência e substituí-lo²³¹, evitando a descapitalização da empresa. Sobre o ponto, é de se recordar o art. 620 do Código de Processo Civil²³², acerca da ponderação de interesses do exequente e do executado, o qual evita que a satisfação do crédito daquele represente a desnecessária ruína deste, quando, por mais de uma maneira, seja possível promover a execução.

Diversamente, em se tratando de desconsideração intentada contra sociedade com patrimônio líquido negativo, tanto a penhora de faturamento quanto a de quotas ou ações tendem a se mostrar infrutíferas. Neste contexto, o credor provavelmente utilizará a desconsideração inversa para atingir alguns bens do ativo, recebendo o crédito que lhe cabe sem ter que sujeitar-se ao rateio característico da execução concursal. Como visto neste capítulo, tal não pode ser feito, pois a desconsideração da personalidade jurídica antes de instaurado o processo de execução concursal viola a *par conditio creditorum*.

Veja-se, o posicionamento do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.035.510/RJ, j. 02.09.2008, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

²³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223-224. “[...] é exatamente a necessidade de proteção do capital social, como garantia dos credores, uma das principais razões invocadas para a limitação da desconsideração em sentido inverso.”

O STJ costuma limitar a penhora em 5% do faturamento bruto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. n.º 450.137/RJ, j. 11.03.2003, Rel. Ministro Luiz Fux.

Nos seguintes acórdãos, o STJ manifestou sua preocupação em evitar que a penhora de faturamento estrangule o fluxo de caixa da empresa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, EREsp. n.º 279.580/SP, j. 16.06.2003, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 557.294/SP, j. 06.11.2003, Rel. Ministra Eliana Calmon.

O STJ também estendeu as regras sobre penhora de faturamento às cooperativas, sendo possível extrair da *ratio decidendi* do julgado que esse tipo de penhora é aplicável também às demais espécies de pessoa jurídica: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 783.227/SP, j. 24.04.2007, Rel. Ministro Humberto Martins.

²³¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 685-A. [...]”

§ 4º. No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios.”

²³² BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

CAPÍTULO III

ANÁLISE EMPÍRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Na teoria, não há diferença entre a teoria e a prática. Na prática, há.
(Lawrence Peter “Yogi” Berra)

3.1 – Introdução.

No Brasil há múltiplos e excelentes estudos teóricos sobre a maioria dos temas jurídicos, inclusive sobre a *disregard doctrine*. No entanto, poucos apresentam componente empírico²³³. Com vistas a minorar esta lacuna, o presente trabalho se propôs a *realizar análise empírica da teoria desconconsideração da personalidade jurídica*²³⁴, a partir de julgados recentes, conforme metodologia descrita adiante. Esta opção trouxe inúmeros obstáculos. Primeiro o quantitativo, consistente no elevado número de decisões sobre o tema, pois *somente* no Tribunal de Justiça de São Paulo, consulta a partir do argumento “desconconsideração da personalidade jurídica” revelou haver, até o dia 13.03.2011, 15.907 decisões. Isto num único tribunal estadual, sem contar a Justiça Federal, do Trabalho, os tribunais superiores e demais tribunais estaduais, além dos casos extintos por transação. Tais números demonstram a dificuldade em se empreender análise empírica sobre o tema.

O segundo obstáculo é qualitativo e diz respeito às limitações temporais para produção do trabalho, segundo o regimento interno dos principais cursos de Pós-Graduação do país, ao predomínio do individualismo na pesquisa jurídica, enquanto a análise empírica demanda a formação de equipes, bem como a relutância de certos órgãos públicos em conceder licença temporária a seus servidores, para que possam se dedicar à pesquisa científica. Acrescente-se o fato de que matérias relacionadas à estatística não

²³³ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Sociologia do Poder na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n.º 77, p. 50-56, jan./mar. 1990. p. 53. “Lamentavelmente, ainda pretendemos legislar, no Brasil, com base no discurso silogístico e isso porque também lamentavelmente, somos tradicionalmente avessos à experiência e à estatística, como fontes empíricas da normatividade.”

²³⁴ Note-se que mesmo nos Estados Unidos, culturalmente habituados a pesquisas empíricas, ainda são poucos os estudos semelhantes ao desta tese: HODGE, Lee C.; SACHS, Andrew B. Piercing the Mist: Bringing the Thompson study into the 1990s. *Wake Forest Law Review*. n.º 43, p. 341-363, January. 2008. p. 363. “Given

costumam fazer parte da grade curricular dos cursos de Direito, tornando necessário que o pesquisador, além do objeto de seu trabalho, também se aprofunde nessa área.

Apesar destas e de outras barreiras, realizou-se análise de casos baseada no estudo seminal do norte-americano Robert Blakey Thompson²³⁵, o qual consultou cerca de 1.600 decisões judiciais daquele país, até o ano de 1985, para traçar um raio-X sobre a forma como vinha sendo aplicada, na prática, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica²³⁶. Nos Estados Unidos, esse trabalho gerou frutos, permitindo compreender aspectos que haviam passado despercebidos pelo enfoque exclusivamente teórico, conferindo maior cientificidade a algumas premissas bem como refutando dogmas repetidos há décadas, sem respaldo na realidade. Tamanha foi a sua acolhida que outros pesquisadores continuaram percorrendo a mesma trilha, atualizando a pesquisa de Thompson. Isto ocorreu, por exemplo, com o estudo de Lee C. Hodge e Andrew B. Sachs²³⁷, que analisaram julgados de 1986 a 1995, num total de 2.901 casos, posteriormente reduzidos a 483, para verificar o que teria mudado nessa época²³⁸. Outros autores optaram por expandir os critérios de Thompson, realizando pesquisa ainda mais abrangente, como no trabalho de Peter Oh, publicado em 2010²³⁹.

Não se tem conhecimento de haver, no Brasil, estudo empírico sobre a desconsideração da personalidade jurídica tal como os mencionados, que possa ser simplesmente aperfeiçoado e atualizado. Ainda que muitos façam referência a decisões judiciais, trata-se de menções esparsas, restritas a casos paradigma, sem analisar *estatisticamente* um conjunto relevante de julgados. Assim, o caminho ainda precisa ser aberto. Espera-se que este trabalho represente, no plano nacional, iniciativa semelhante à de Thompson, servindo não para esgotar o tema, mas como precursor da abordagem empírica, a ser futuramente complementada e aprimorada por outros estudos.

the fact that piercing the corporate veil is the most litigated issue in corporate law, it is very surprising that there has been so little empirical research examining how courts approach piercing cases.”

²³⁵ THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991.

²³⁶ Referido estudo contou com substancial apoio financeiro do governo, longo prazo de execução e foi conduzido por uma numerosa equipe de pesquisa, sob a coordenação do professor Thompson. Evidentemente, as limitações já mencionadas no corpo do texto tornaram necessários alguns cortes metodológicos na presente pesquisa, os quais serão descritos em tópico próprio.

²³⁷ HODGE, Lee C.; SACHS, Andrew B. Piercing the Mist: Bringing the Thompson study into the 1990s. *Wake Forest Law Review*. n.º 43, p. 341-363, January. 2008.

²³⁸ Op. cit. p. 348-349.

²³⁹ OH, Peter B. Veil-Piercing. *Texas Law Review*. n.º 89, p. 81-145, February. 2010.

Com efeito, em outras ciências esse componente empírico possui lugar de destaque²⁴⁰. Na Medicina, por exemplo, novos medicamentos são testados em cobaias de laboratório ou até mesmo em seres humanos, caso se trate de experimento em fase avançada. Na Engenharia, a resistência, acústica, luminosidade e o desempenho dos materiais são testados em laboratório ou canteiros de obras previamente selecionados. Há, inclusive, novo campo se descortinando, consistente na análise estatística dos dados produzidos por quem navega pela *internet*, cujos resultados podem ser utilizados para os mais diversos fins²⁴¹, como publicidade no mercado de consumo, publicidade política e até aplicações militares (*cyberwar*). Estes exemplos estão ligados pelo traço comum de valorizar as pesquisas empíricas como componente fundamental para a tomada de decisões, comparando proposições teóricas com os dados práticos que as embasam.

Enfoque semelhante existe no meio jurídico, principalmente no sistema de *common law*, em que os juristas se preocupam primeiro em analisar as nuances fáticas para só então extrair comandos normativos²⁴². Isto se reflete no detalhamento das circunstâncias fáticas de cada caso. Tal enfoque iniciou-se na década de 60 do século XX, sob o nome de “jurimetria” (*jurimetrics*). Este termo foi cunhado para designar pesquisas empíricas e análises estatísticas de julgados²⁴³. Com o apoio da *American Bar Association*²⁴⁴, tornou-se jargão de uso corrente. Nos últimos anos, uma corrente derivada da jurimetria vem ganhando força. Trata-se da ELS - *Empirical Legal Studies*²⁴⁵, cujo objetivo é traçar um

²⁴⁰ Veja-se, por exemplo, o conceito de grupo de controle: ROSENBAUM, Paul R.; RUBIN, Donald B. Constructing a Control Group Using Multivariate Matched Sampling Methods That Incorporate the Propensity Score. *The American Statistician*. v. 39, n. 1, p. 33-38, February. 1985; e BENJAMINI, Yoav; HOCHBERG, Yosef. Controlling the False Discovery Rate: a Practical and Powerful Approach to Multiple Testing. *Journal of the Royal Statistical Society*. v. 57, n. 1, p. 289-300. 1995.

²⁴¹ Vide, por todos, o excelente: BAKER, Stephen. *Numerati*. Tradução: Ivo Korytowski. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12;14;18. “Quando se trata de produzir dados somos prolíficos. Os usuários de celulares, laptops e cartões de crédito, só pelo fato de viverem, engordam a cada dia os seus próprios dossiês. [...] As únicas pessoas que conseguem interpretar os dados que criamos são os grandes matemáticos, os cientistas da computação e os engenheiros. [...] Agora esses matemáticos e cientistas da computação estão aptos a governar as informações de nossas vidas. Chamo-os de Numerati.”

²⁴² É o método indutivo ou *reasoning from precedent*: EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991. p. 50. “Reasoning from precedent is perhaps the most characteristic model of reasoning in the common law.”

²⁴³ Entre os pioneiros a utilizá-lo estão: LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law. *Minnesota Law Review*. Minnesota: Minneapolis, v. 46, p. 255, 1961; e NAGEL, Stuart S. Testing Empirical Generalizations in Legal Research. *Journal of Legal Education*. Los Angeles: Southwestern Law School, v. 15, n. 4, p. 365, 1962.

²⁴⁴ Que lhe dedicou periódico específico: Jurimetrics: The Journal of Law, Science and Technology. Disponível em: <<http://www.law.asu.edu/Default.aspx?alias=www.law.asu.edu/jurimetrics>>. Acesso em 14.04.2011.

²⁴⁵ COOTER, Robert D. Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics. *University of Illinois Law Review*. n. 5, p. 1475, oct. 2011. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/162/>. Acesso em 24.02.2012. p. 1485. “The next task of ELS is to

panorama sobre a realidade com que se depara o aplicador do Direito. Por exemplo, ao fornecer resultados contraintuitivos ela contribui para a revisão de premissas, já que seus efeitos concretos podem estar sensivelmente dissociados do que fora pensado. Michael Heise, um dos precursores da ELS²⁴⁶, afirmou até que a baixa qualidade de alguns cursos jurídicos (o que no Brasil têm se refletido em alarmantes índices de reprovação na prova da OAB) seria decorrente do modelo de ensino voltado mais para a formação teórica do que para a análise empírica²⁴⁷. Em consequência, o formando ingressa no mercado de trabalho sem saber aplicar as lições da vida acadêmica. Por isso existem cursos de *lawyering for lawyers* nos Estados Unidos, o que é no mínimo curioso... O objetivo destes cursos é colocar advogados recém-formados em contato com profissionais experientes, a fim de que os primeiros possam aprender a prática jurídica²⁴⁸.

No Brasil, a pesquisa empírica ainda não alcançou semelhante patamar de prestígio. Trata-se de barreira cultural, em certa medida interiorizada pelo próprio direito positivo, tanto que o relatório das decisões judiciais costuma ser sucinto ou até dispensado²⁴⁹, sinalizando uma menor importância dos fatos em relação à dogmática. Por aqui o termo jurimetria é pouco utilizado, apesar das manifestações a favor de sua acolhida²⁵⁰, como a recém-criada Associação Brasileira de Jurimetria - ABJ²⁵¹. O presente estudo se alinha a favor da jurimetria, sustentando que análises estatísticas são relevantes e

make the correct interpretation of law depend significantly on its scientific consequences, not merely on its intuitive consequences.”

²⁴⁶ HEISE, Michael R. The Importance of Being Empirical. *Pepperdine Law Review*. Malibu: Pepperdine University School of Law, n. 26, p. 808-835, 1999.

²⁴⁷ HEISE, Michael R. Litigated Learning and the Limits of Law. *Cornell Law School*. n. 2, p. 2418-2461, oct. 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=lsrp_papers>. Acesso em 26.02.2012.

²⁴⁸ SEGAL, David. What They Don't Teach Law Students: Lawyering. *The New York Times*, 19 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/11/20/business/after-law-school-associates-learn-to-be-lawyers.html?pagewanted=all>>. Acesso em 26.02.2012. “Law schools have long emphasized the theoretical over the useful, with classes that are often overstuffed with antiquated distinctions, like the variety of property law in post-feudal England. Professors are rewarded for chin-stroking scholarship, like law review articles with titles like “A Future Foretold: Neo-Aristotelian Praise of Postmodern Legal Theory.” So, for decades, clients have essentially underwritten the training of new lawyers, paying as much as \$300 an hour for the time of associates learning on the job. But the downturn in the economy, and long-running efforts to rethink legal fees, have prompted more and more of those clients to send a simple message to law firms: Teach new hires on your own dime.”

²⁴⁹ O art. 38 da Lei nº 9.099/1995, por exemplo, dispensa o relatório nas sentenças dos Juizados Especiais.

²⁵⁰ Vide, por exemplo: NUNES, Marcelo Guedes. *A Jurimetria a serviço da advocacia*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/83-a-jurimetria-a-servico-da-advocacia.html>>. Acesso em 19.05.2011. p. 1. “A metodologia própria para o estudo empírico de um universo de eventos é dada pela Estatística. A Estatística permite recolher, resumir, interpretar e modelar dados da realidade, esclarecendo como uma determinada população de eventos se comporta. A aplicação dos métodos da Estatística e da Probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos dá origem à área do conhecimento que convencionamos chamar de Jurimetria.”

²⁵¹ Disponível em: <<http://www.abjur.org.br/>>. Acesso em 13.07.2012.

desejáveis, na medida em que testam a utilidade prática do raciocínio²⁵². Ademais, não se pode desprezar a especial importância da jurisprudência para certos ramos, notadamente o Direito Comercial, cujos agentes, ao celebrar contratos, costumam levar em conta a sinalização dada pelas Cortes, além de sua influência no funcionamento do mercado²⁵³. Na feliz síntese de Fábio Nusdeo: “a quantificação imprime sempre um maior rigor científico a qualquer raciocínio, rigor esse atingido de maneira muito mais dificultosa e demorada com o apoio apenas da argumentação verbal.”²⁵⁴ Por isso a importância deste capítulo.

3.2 – Sinopse Histórico-jurisprudencial.

Neste tópico serão mencionados sucintamente os *leading cases* sobre a teoria desconsideração da personalidade jurídica²⁵⁵. Antecedente remoto foi o julgado *Bank of United States v. Deveaux*, de 1809²⁵⁶, relacionado à definição de competência das cortes federais norte-americanas em questões envolvendo cidadãos domiciliados em diferentes Estados-membros. Todavia, o que ganhou maior notoriedade foi *Salomon v. Salomon & Co*, ocorrido na Inglaterra, em 1897. Na Europa, o precursor adveio em 1920, quando o Tribunal Supremo Alemão (na época, ainda denominado *Reichsgericht*) decidiu responsabilizar o sócio de sociedade unipessoal por obrigações contraídas em nome desta²⁵⁷.

²⁵² Recordando-se que o Direito não é ciência meramente abstrata, mas socialmente aplicável: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 83.

²⁵³ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75-77.

²⁵⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

²⁵⁵ Optou-se por citar apenas os *leading cases* ao invés dos julgados que marcam cada fase histórica do instituto porque o objetivo deste capítulo é fazer análise empírica de julgados atuais, seguindo o conselho de Vivante: VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5. ed. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco V., 1929. “[...] nello scrivere si pigli come punto di partenza l’ultima parola cui sono giunti gli studiosi precedenti [...]”.

S’incominci dove i precedenti scrittori hanno finito, perchè le ripetizioni costituiscono il più penoso ingombro che l’incontri sulla via degli studi giuridici, e non si deve accrescerne la mole già inorme.”

²⁵⁶ NUNES, Simone Lahorgue; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre a origem do princípio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 300-303.

²⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 620.

Em outra de suas obras, Menezes Cordeiro assim resumiu a importância histórica do referido acórdão: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 104. “Na sua simplicidade, esta decisão é apontada como a certidão de baptismo, no Continente, do levantamento da personalidade colectiva e isso mau grado só com Serick, trinta e cinco anos depois, lhe ter sido apostado um nome.”

No Brasil, a doutrina comumente alude ao acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 1955²⁵⁸, como sendo o pioneiro. No entanto, Osmar Brina Corrêa Lima sustenta que mais de dez anos antes o tema já havia sido debatido pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁵⁹. Ainda que não tenha se valido da expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, o Pretório Excelso de fato aplicou essa teoria, na medida em que questionou a separação patrimonial entre sócio e sociedade (*societas distat a singulis*), numa execução hipotecária movida pela Caixa Econômica Federal contra a Companhia Sertaneja S/A²⁶⁰. Note-se que esta decisão foi proferida décadas antes do estudo de Rubens Requião²⁶¹, motivo pelo qual não teria utilizado a nomenclatura técnica.

Neste brevíssimo apanhado histórico foram mencionados os *leading cases* mundial, europeu e brasileiro. De agora em diante interessa conhecer julgados contemporâneos sobre o tema, a fim de compreender a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que de fato existe na realidade nacional.

3.3 – Metodologia.

Segundo Michael Heise, há *cinco pressupostos* da análise empírica aplicada ao Direito²⁶²:

i) A base de dados (*data*) a ser pesquisada deve ser confiável, bem delimitada e selecionada corretamente. É ela que permitirá extrair do fenômeno total que se pretende compreender (chamado tecnicamente de *população*) uma parcela deste todo passível de ser

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 2ª Câmara, Ap. n.º 9.247, j. 11.04.1955, Rel. Desembargador Edgard Bittencourt. Trecho do voto do Relator: “A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar 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 ajustá-los ao Direito.”

Disponível na Revista dos Tribunais, ano 44, v. 238, p. 394, ago. 1955.

²⁵⁹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 376-378.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, Agravo de Petição. n.º 10.029, j. 10.09.1942. Trecho do voto do Ministro Philadelpho Azevedo: “Apesar da independência teórica das personalidades física e jurídica, hoje muito atenuada diante dos processos capitalísticos especialmente na constituição de sociedades ‘holdings’, ou nas chamadas de família, conforme já repercutiu em nossa legislação relativa ao trabalho e, até, à renovação dos contratos de locação, nada impede que sejam apreciadas circunstâncias inteiramente alheias a esse velho postulado [...]”

²⁶¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

²⁶² Conforme palestra proferida no seguinte congresso internacional, além de discussões tidas pessoalmente com o referido autor: HEISE, Michael R. *Law, Statistics and Public Policy: The Past, Present and Future of Empirical Legal Scholarship in the Unites States, Brazil and Beyond*. Palestra proferida em São Paulo, na Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, em 21.06.2012, por ocasião do II Seminário de Direito, Estatística e Jurimetria.

estudada estatisticamente (*amostra*) para, a partir dela, inferir conclusões aplicáveis à população como um todo. A amostra deve ser selecionada tecnicamente, com isenção, sem influências ideológicas ou políticas, de forma a que todos os elementos da população tenham, em tese, a *mesma probabilidade* de compô-la²⁶³. A base de dados é o alicerce da pesquisa empírica e seu mais importante pressuposto, já que erros nos outros pressupostos podem ser eventualmente corrigidos, com a adoção das devidas técnicas, inclusive por pesquisador diverso de quem "garimpou" os dados. Porém, erros na própria confecção da amostra contaminarão, de forma inevitável, todos os resultados da pesquisa empírica;

ii) Para a análise da amostra devem ser utilizadas *técnicas estatísticas*. Ocorre que o progresso tecnológico, na mesma medida em que facilitou essa análise (por exemplo, reduzindo o tamanho dos dispositivos eletrônicos capazes de realizá-la, como um simples *tablet*, além dos *softwares* para cruzamento de dados e geração de resultados) também contribuiu para a produção de estudos apressados, atécnicos ou até mesmo guiados por tendências ideológicas. Se, por um lado, ficou mais fácil compilar e extrair resultados de um determinado banco de dados (do *site* de um tribunal, por exemplo), por outro se corre o risco de obter resultados distorcidos da realidade, por inobservância de critérios científicos para análise e para a própria constituição da amostra;

iii) O resultado da pesquisa empírica deve ser *passível de revisão por terceiros*, a fim de verificar sua confiabilidade. Ou seja, é preciso que qualquer pesquisador, partindo da mesma amostra e utilizando a mesma metodologia estatística, possa obter os mesmos resultados do trabalho original, ainda que deles extraia conclusões diferentes. A amostra de dados que não permite replicar, reconstituir as etapas da pesquisa, é atécnica e imprestável;

iv) Partindo de uma amostra confiável, passível de reprodução e validação por terceiros, o próximo passo é *compreender o resultado da pesquisa*, ou seja, entender o que vem ocorrendo na prática (*law in action*). Este resultado pode ser, basicamente, de três tipos: a) confirmando as hipóteses do pesquisador; b) sugerindo alterações num ou noutro sentido; ou c) refutando as hipóteses. Em qualquer caso, o confronto entre os resultados empíricos e as hipóteses traz realismo à tese;

v) Sendo ciência social aplicada, o Direito não se contenta em compreender a realidade. É preciso ir além, pois a finalidade última da pesquisa empírica é *influir sobre a população*, de modo a corrigir eventuais problemas ou aprimorar certos aspectos. Em suma, o objetivo é compreender a realidade não apenas para descrevê-la, mas para

²⁶³ LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. *Empirical Methods in Law*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

influenciá-la. Exemplo dessa influência no Direito seria a elaboração de normas jurídicas mais adequadas à realidade.

A presente tese se baseou nestes cinco pressupostos, ainda que tenha enfrentado as dificuldades descritas anteriormente. A seguir, a descrição dos critérios utilizados, até para permitir a validação do banco de dados por terceiros.

Optou-se por selecionar alguns tribunais, abrindo mão de outros, não pela sua menor relevância, mas pela absoluta impossibilidade – financeira, estrutural e temporal – de também incluí-los na pesquisa. Foram escolhidos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, dada sua tarefa precípua de uniformização da interpretação constitucional e infraconstitucional, o Tribunal Superior do Trabalho, pela notória acolhida da desconsideração da personalidade jurídica na área trabalhista, além dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais, representativos da região sudeste, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, representativo da região sul do país e Tribunal de Justiça do Ceará, pelo nordeste. Sendo a teoria em exame mais frequente na Justiça Estadual, os Tribunais Regionais Federais não foram consultados. Evidentemente, esta opção deixa de fora importantes cortes, o que se mostrou inevitável. Tem-se, então, o *primeiro marco metodológico*:

TRIBUNAIS PESQUISADOS
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Superior do Trabalho
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Quanto às balizas temporais, foi selecionado o ano de 2002, por ser anterior à vigência do atual Código Civil, cujo art. 50 deu ainda mais visibilidade à matéria²⁶⁴, bem como os anos de 2009 e 2010, a fim de que a pesquisa refletisse o posicionamento mais recente da jurisprudência. Importante destacar que o trabalho compreende os casos

julgados nesse período, ainda que a publicação seja posterior. Eis o *segundo marco metodológico*:

LIMITE TEMPORAL
Ano de 2010
Ano de 2009
Ano de 2002

No que toca às áreas temáticas, optou-se pela abordagem interdisciplinar²⁶⁵. Assim, a pesquisa não se restringe ao Direito Comercial, berço da *disregard doctrine*. Ao contrário, busca enfocar também casos em que ela incide em outros ramos, como o Civil - incluindo os subsistemas consumerista e de família -, Trabalhista, Tributário, Concorrencial e Ambiental²⁶⁶. Para saber a qual ramo se vinculava determinado acórdão, utilizou-se como critério o fundamento preponderante do julgado – leia-se, o principal dispositivo legal em que se baseou a decisão. Assim, por exemplo, acórdão baseado no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor foi classificado como pertencente à seara consumerista, ao passo que os fundados no art. 18 da Lei nº 8.884/1994 (hoje substituído pelo art. 34 da Lei nº 12.529/2011) foram considerados como Direito Concorrencial. A classificação baseada no dispositivo legal visa a evitar subjetivismos, notadamente nos casos em que a questão de fato se estender por mais de um ramo do Direito²⁶⁷. Há, portanto, um *terceiro marco metodológico*:

²⁶⁴ Acerca do processo histórico que culminou no art. 50 do Código Civil, enfocando o texto original e as vozes doutrinárias que contribuíram para sua atual conformação, consulte-se: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55-57.

²⁶⁵ SERTILLANGES, Antonin-Dalmace. *A Vida Intelectual*: Espírito, Condições, Método. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1940. p. 34. “Embora cultivemos uma especialidade, não é prudente, nem fecundo, confinar-nos nela exclusivamente. Equivaleria a pôr antolhos. Nenhuma ciência se basta a si mesma; nenhuma disciplina, encarada em si só, é luz suficiente para iluminar os seus caminhos. Isolada, mirra-se, emagrece, estiola-se e, na primeira ocasião, extravia-se.”

²⁶⁶ Não se desconhece a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* também ao Direito Administrativo, notadamente nas licitações e contratos: SOUZA, Carlos Gustavo Lemos de. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica aplicada na lei de licitações. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BCCD7E1E5-6E31-4FA0-8370-B5A182697273%7D_desconsideracao_da_personalidade_juridica.pdf>. Acesso em: 07.05.2011.

Contudo, para se manter fiel ao critério adotado – classificar o acórdão por ramo do Direito segundo o principal fundamento legal invocado pelo julgador – entende-se não ser o caso de incluir o Direito Administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 *não possui dispositivo expresso* sobre a desconconsideração da personalidade jurídica.

²⁶⁷ Calixto Salomão Filho parece apoiar esse critério: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230. “As decisões brasileiras não são, consequentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconconsideração (confusão de esferas, subcapitalização

FUNDAMENTO LEGAL DA DESCONSIDERAÇÃO
Código Civil art. 50 (Abuso da personalidade jurídica, dolo, fraude, simulação, confusão patrimonial, subcapitalização, extinção irregular de sociedade empresária, desconsideração para responsabilizar administradores societários, desconsideração no Direito de Família)
Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências art. 82
Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional art. 135, III
Lei nº 8.884/1994 - Lei Antitruste Brasileira art. 18 (Atualmente Lei nº 12.529/2011 art. 34)
Lei nº 8.078/1991 – Código de Defesa do Consumidor art. 28
Decreto-lei nº 5.452/1943 – Consolidação das Leis do Trabalho art. 2º, § 2º
Lei nº 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais art. 4º

Vale destacar que vários julgados apoiam-se em mais de um fundamento legal. Portanto, somente com a leitura atenta dos votos foi possível extrair o fator *preponderante*, a ser utilizado para fins de estatística. Ainda que tal critério abarque certa margem de discricionariedade, isto não compromete a cientificidade do texto, pois o grau de abstração nas ciências sociais aplicadas, evidentemente, não é o mesmo exigido nas ciências exatas, como a Matemática.

No que toca ao modo como foram pesquisados os julgados, optou-se por consultar tanto acórdãos quanto decisões monocráticas, por meio de busca eletrônica no *site* dos tribunais. Para tanto se utilizou como argumento de busca a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, por inteiro. Os casos em que não houve análise do tema de fundo (por exemplo, indeferimento baseado em questões processuais) restaram descartados. Em síntese:

METODOLOGIA DE BUSCA
Desconsideração da personalidade jurídica (pesquisada a expressão por inteiro)
Consultados tanto acórdãos quanto decisões monocráticas
Pesquisa realizada exclusivamente no <i>site</i> dos tribunais

ou abuso de forma), mas segundo o fundamento jurídico invocado para fundamentar a não-consideração da personalidade jurídica societária.”

Mesmo com todos esses cortes epistemológicos, projeções e pesquisas iniciais demonstraram que a coleta de dados redundaria em mais de 3.000 (três mil) acórdãos! Por absoluta impossibilidade de filtrar, sistematizar e descrever estatisticamente tamanho volume de informações optou-se por restringir o estudo aos julgados mais recentes de cada ano. Para isto, nos tribunais que apresentassem mais de 30 casos por ano, envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, apenas os 30 mais recentes foram consultados. Entende-se que este montante já é suficiente para fornecer um panorama acerca da matéria na jurisprudência brasileira. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, foram encontrados 258 acórdãos no ano de 2010, 274 em 2009 e 46 em 2002²⁶⁸. Conforme parâmetros acima, apenas os 30 mais recentes de cada ano foram analisados, acarretando o “descarte” de 488 julgados apenas em relação ao TJMG. Excepcionalmente, são citados acórdãos fora desses parâmetros, quando expressivos a respeito de determinado tema. Porém, estes casos são mencionados apenas para ilustrar determinado posicionamento, não sendo computados para fins de estatística. Assim ocorreu, por exemplo, quanto a julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2011, que ilustra a interpretação prevalente na Corte²⁶⁹, ou mesmo acórdãos provenientes de tribunais não compreendidos no corte epistemológico, como um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acerca da *disregard doctrine* na fase executiva do processo²⁷⁰.

A rigor, conforme os pressupostos da análise empírica aplicada ao Direito, todos os elementos da população deveriam ter a mesma probabilidade de integrar a amostra. Isto implicaria catalogar todos os milhares de acórdãos sobre o tema, em cada um dos tribunais e dos anos selecionados, para, num segundo momento, promover sorteio a fim de saber quais seriam incluídos na amostra. Como dito, isto seria inviável, tendo em vista as limitações do trabalho. Porém, para não perder a consistência e a cientificidade da amostra, optou-se por outro critério, *igualmente claro, preciso e objetivo*, porém mais acessível, que foi a escolha dos 30 mais recentes de cada ano. Entende-se que apesar desses inevitáveis cortes metodológicos a pesquisa acrescenta ao debate do tema, pois permitiu traçar um panorama sobre o modo como a desconsideração da personalidade jurídica vem sendo aplicada pela jurisprudência brasileira. Em momento algum se buscou

²⁶⁸ Pesquisa feita a partir do sítio eletrônico do TJMG, tendo como argumento de busca a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” e limitação temporal de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Resultado limitado, ainda, somente a acórdãos, desconsiderando-se as demais espécies de decisão, como as monocráticas.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.141.447/SP, j. 08.02.2011, Rel. Ministro Sidnei Beneti.

ocultar as limitações da amostra. Pelo contrário, os critérios para sua seleção foram expostos de maneira clara, destacando eventuais limitações.

Com todas as suas incompletudes – que desde já se reconhece –, este estudo terá cumprido seu papel caso funcione, ao menos, como motivador para a realização de outras pesquisas empíricas, que venham a revê-lo, criticá-lo e aprimorá-lo, pois a realidade do direito demanda um constante *work in progress*.

3.4 – Resultados Panorâmicos.

Este tópico traz uma visão panorâmica dos resultados da pesquisa empírica. No capítulo seguinte eles serão confrontados com a dogmática tradicional acerca da desconsideração da personalidade jurídica. No total, foram analisadas 431 decisões:

NÚMERO TOTAL DE JULGADOS POR TRIBUNAL	
STF	24
STJ	40
TST	90
TJSP	90
TJMG	90
TJRS	90
TJCE	07

Havendo juízo negativo de admissibilidade recursal²⁷⁰, para fins de estatística foram consideradas as decisões do órgão *a quo*, pois estas prevaleceram no caso concreto. Diferentemente, quando o tribunal reformou a decisão recorrida, este julgamento substitui o anterior, de maneira que é a decisão do tribunal que deve ser considerada.

O menor número de julgados no STF e no STJ decorre, em parte, de razões processuais. Com relação ao Supremo Tribunal Federal isto se deu porque a

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 6ª Câmara Cível, AI. n.º 0003636-67.2003.8.19.0000, j. 26.08.2003, Rel. Desembargador Maldonado de Carvalho.

²⁷¹ Sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 116. “Como em todo ato postulatório, a impugnação de decisão judicial por meio de recurso submete-se a exame sob dois ângulos diversos. Primeiro, cumpre verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o conteúdo da postulação (*juízo de admissibilidade*); depois, e desde que o resultado tenha sido positivo – isto é, que o recurso seja admissível –, cumpre decidir a matéria impugnada através deste, para acolher a impugnação, caso fundada, ou rejeitá-la, caso infundada (*juízo de mérito*).”

desconsideração da personalidade jurídica constitui ofensa reflexa à Constituição Federal, incapaz de viabilizar o acesso a mais alta Corte do país. Além disto, a súmula nº 279 do STF veda o reexame de fatos e provas, enquanto a sua súmula nº 454 impede a reanálise de cláusulas contratuais. Pela soma destes fundamentos, *em todos os casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal este não conheceu do recurso*, deixando de apreciar o mérito da lide²⁷². Isto sinaliza ao jurisdicionado para que não recorra àquela Corte em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. Neste contexto, a primeira conclusão é a de que nos 03 anos pesquisados houve expressivo aumento no número de casos submetidos ao STF. De um único julgado no ano de 2002, passou-se a 05 casos em 2009 e 18 em 2010. O fato de a mais elevada instância do país ser cada vez mais demandada a externalizar seu posicionamento sobre o tema, a despeito de reiteradamente não conhecer dos recursos que versam sobre ele, é indício de que a matéria vem suscitando controvérsias.

No Superior Tribunal de Justiça a barreira processual foi menos intensa. Ainda que em alguns casos ele tenha se ancorado na sua súmula nº 07 para não conhecer do recurso, de modo geral houve efetiva análise de mérito nos julgados, com base nos permissivos das alíneas “a” e “c” do art. 105, III da Constituição Federal. Em sua maioria, as decisões versaram sobre o conflito de competência entre o Juízo Universal da falência ou recuperação judicial de empresas e a Justiça do Trabalho, quando esta última aplicava a desconsideração da personalidade jurídica contra empresas insolventes²⁷³. O STJ entende que a desconsideração da personalidade jurídica realizada exclusivamente na Justiça do Trabalho não causa prejuízos à massa falida ou à empresa em recuperação judicial, uma vez que o patrimônio destas não será reduzido, mas ampliado em decorrência da medida²⁷⁴. Basta que o crédito obtido seja posteriormente colocado à disposição do Juízo Universal,

²⁷² Vide, exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, AI (AgR). n.º 388.755/SP, j. 03.09.2002, Rel. Ministro Ilmar Galvão. Trecho do voto do Relator: “[...] a controvérsia se restringe, exclusivamente, ao âmbito infraconstitucional pertinente. Somente indiretamente, por via reflexa, é que se chegaria à violação constitucional sustentada, circunstância que inviabiliza o recurso extremo.”

Do mesmo teor: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, AI (AgR). n.º 754.834/MG, j. 08.09.2009, Rel. Ministra Ellen Gracie. Trecho do voto da Relatora: “Verifica-se que o acórdão recorrido deferiu o pedido da exequente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa ora agravante, com fundamento na legislação infraconstitucional, qual seja: Código Civil, Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor.

[...] eventual contrariedade aos postulados da legalidade, da devida prestação jurisdicional, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais. Por essa razão, pode configurar, quando muito, situação de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição da República, o que também não dá acesso ao contencioso constitucional.”

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, AgRg. no CC. n.º 109.256/SP, j. 14.04.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, AgRg. no CC. n.º 103.437/SP, j. 27.05.2009, Rel. Ministro Fernando Gonçalves.

para rateio. Diversamente, se a desconconsideração é deferida paralelamente no Juízo Universal e no Trabalhista, prevalece a constrição determinada pelo Juízo Universal, ainda que posterior.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, assim como no STF, a regra é não conhecer dos recursos sobre o tema, uma vez que a desconconsideração da personalidade jurídica consubstancia matéria regida somente pela legislação infraconstitucional²⁷⁵. Quanto ao STJ a semelhança é o fato de que um dos assuntos mais debatidos foi o conflito de competência entre a Justiça Laboral e o Juízo Universal da falência ou recuperação de empresas²⁷⁶. Outro ponto recorrente foi a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas verbas devidas ao empregado, com base na súmula nº 331 do TST²⁷⁷.

Resumidamente, o entendimento do TST é o de que em caso de *superamento della personalità giuridica* o ex-sócio responde pelas dívidas trabalhistas contraídas enquanto ele ainda integrava o quadro societário. Já o sócio que ingressa posteriormente na sociedade responde por todas as dívidas anteriores, ainda que não fosse membro do quadro societário à época em que vigorou o contrato de trabalho²⁷⁸.

O dado mais curioso provém dos Tribunais Estaduais. Todos apresentaram mais de 30 decisões sobre o tema, em cada um dos anos pesquisados. Em alguns houve mais de 200 decisões por ano. Exceção feita ao Tribunal de Justiça do Ceará, em que somente foram encontrados 03 processos sobre o assunto em 2010, 04 processos em 2009 e nenhum em 2002. Refazendo-se a pesquisa por 03 vezes, em dias alternados, mantendo-se os critérios padrão, fora obtido idêntico resultado. Explicação simplória para isto seria afirmar que a menor pujança econômica da região nordeste, se comparada ao sul e sudeste do país justificaria os dados encontrados. No entanto, essa perspectiva simplista deve ser

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, CC. n.º 68.173/SP, j. 26.11.2008, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 89640-97.1999.5.04.0006, j. 05.05.2010, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 94840-98.2006.5.24.0001, j. 28.04.2010, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma, AIRR. n.º 131440-11.1995.5.06.0291, j. 09.09.2009, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

²⁷⁶ Vide, por todos: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma, AIRR. n.º 13540-43.2006.5.02.0061, j. 28.04.2010, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma, AIRR. n.º 92441-04.2002.5.03.0072, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos.

Note-se que a súmula 331 do TST foi posteriormente alterada em decorrência do seguinte julgamento do STF, no qual se decidiu que é constitucional o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993, que dispõe expressamente não haver responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais devidos pela empresa contratada a seus empregados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADC. n.º 16/DF, j. 24.11.2010, Rel. Ministro Cezar Peluso.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, RR. n.º 92441-04.2002.5.03.0072, j. 09.12.2009, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda.

afastada de plano. Como é de conhecimento geral, um dos focos de investimento do governo do Presidente Lula foi justamente a região nordeste, cujas principais cidades apresentam atividade empresarial compatível com a incidência da desconsideração da personalidade jurídica em número de casos muito superior ao encontrado nesta pesquisa. A resposta precisa a tal questão, portanto, demandaria análises *in loco*, não podendo ser descartada a hipótese de má alimentação do *site* do TJCE.

Prosseguindo na análise dos resultados, a desconsideração foi aplicada em 59% do total de casos, considerando-se a soma dos três anos estudados, tendo sido indeferida noutros 41%. O ano em que mais incidiu, em termos percentuais, foi 2002, com aplicação em 65% dos julgados:

Percentual de Incidência por Ano

A progressiva e linear diminuição na incidência da teoria em exame, após o ano de 2002, faz cair por terra o argumento de que a positivação do assunto no art. 50 do Código Civil, norma de maior abrangência e consulta frequente na prática forense iria aumentar sua utilização. Na realidade, ocorreu o inverso. *Observa-se tendência de redução no uso da disregard doctrine na maioria dos tribunais pesquisados*, com exceção do STJ e do TJSP, em que sua aplicação no ano de 2010 foi superior ao percentual de 2002:

EVOLUÇÃO DA INCIDÊNCIA POR TRIBUNAL			
TRIBUNAL	2002	2009	2010
STF	100%	100%	72%
STJ	50%	76%	60%
TST	97%	90%	73%
TJSP	50%	47%	57%
TJMG	60%	27%	30%
TJRS	57%	53%	50%
TJCE	0%	25%	33%

Ao contrário do que possa aparentar a tabela acima, o STF não é o tribunal que mais aplica a desconconsideração da personalidade jurídica no país. Os índices de 100% de incidência constatados nos anos de 2002 e 2009 devem-se ao fato de que no primeiro, observando-se os cortes metodológicos desta pesquisa, apenas 01 julgado foi analisado, sendo que em 2009 foram 05, todos a favor da aplicação desta teoria. Já em 2010 houve 18 acórdãos, em 13 deles tendo sido mantida a desconconsideração. Ademais, como o STF *não conheceu* de qualquer dos casos que lhe foram submetidos, esses números não espelham o entendimento do Pretório Excelso, mas sim o posicionamento dos diversos tribunais do país, nos casos que chegaram até a última instância.

Diversamente, a impressionante estatística referente ao TST confirma os rumores frequentes no meio forense de que a Justiça do Trabalho é pródiga na aplicação da *disregard doctrine*. Isto porque os casos submetidos a este Tribunal Superior, por serem provenientes dos mais variados órgãos da Justiça do Trabalho, podem ser considerados amostra representativa do pensamento deste ramo do Judiciário. E até aqui se nota acentuada tendência de queda se comparado o percentual de 2010 com o dos anos anteriores, ainda que se mantenha superior à média da Justiça Estadual.

Por sua vez, o STJ também aplicou a *disregard doctrine* acima do verificado nos Tribunais Estaduais. Houve sensível aumento no percentual de incidência de 2002 para 2009, o que pode ser explicado, em parte, porque o *leading case* do STJ acerca da “teoria menor” da desconconsideração da personalidade jurídica, ou simplesmente desconconsideração atributiva (caso do shopping Center de Osasco, a ser tratado no Capítulo IV), cujo raciocínio veio a se repetir em inúmeros outros julgados, data de 2003. O raciocínio da “teoria menor” em tudo se assemelha ao desenvolvido na Justiça do Trabalho, a fim de

tutelar a parte vulnerável da relação jurídica (consumidor ou empregado) ²⁷⁹. Mais recentemente o STJ vem restringindo o alcance da mencionada teoria, como sugere o percentual de 2010.

Em relação aos Tribunais Estaduais, verifica-se que os menores índices de incidência manifestaram-se no TJMG e no TJCE. Quanto a este último, nenhuma conclusão pode ser lançada, pois a amostra é insuficiente para estimar a população, uma vez que foram encontradas apenas 07 decisões no total. Já em relação ao TJMG percebe-se maior rigor na aplicação da *disregard doctrine* nos anos de 2009 e 2010, se comparado ao TJSP e ao TJRS. De modo geral, o fluxo de queda na incidência da mencionada teoria nos Tribunais Estaduais não é tão linear quanto nos Tribunais Superiores, ainda que possa ser identificado.

Vale mencionar que o conhecimento sobre a tendência de cada tribunal em aplicar ou negar incidência à *disregard doctrine* pode ser bastante útil aos profissionais do Direito - notadamente aos advogados -, em termos de planejamento estratégico. Quando for possível ajuizar a demanda em mais de um foro competente é interessante saber qual, estatisticamente, se mostra mais receptivo ao pedido ²⁸⁰.

No que toca ao centro autônomo de imputação contra o qual foi aplicada a teoria, os resultados são os seguintes:

²⁷⁹ Este raciocínio foi utilizado pelo STJ também no julgamento do caso ENCOL, inclusive aplicando de ofício a desconsideração da personalidade jurídica: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 370.068/GO, j. 16.12.2003, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

²⁸⁰ Este ponto já havia sido notado por Robert Thompson, em sua pesquisa pioneira sobre o assunto: THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991. p. 1042-1043.

Tais números confirmam a previsão inicial. Tendo em vista que a esmagadora maioria das sociedades empresárias registradas no país adota o tipo sociedade limitada, conforme dados do DNRC - Departamento Nacional de Registro do Comércio²⁸¹, já era de se esperar que este tipo fosse o maior alvo da desconsideração. A tendência, porém, é de redução desse percentual. Primeiro, pela constituição de novas sociedades anônimas, impulsionadas pelo constante desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. Segundo, porque a criação da EIRELI pode fazer com que algumas sociedades limitadas pluripessoais apenas no âmbito formal, pois constituídas pelo administrador e único sócio de fato, que admitiu outra pessoa no quadro societário apenas viabilizar o registro da pessoa jurídica, obtendo limitação de responsabilidade, optem por converter-se em EIRELI. Em terceiro lugar, uma parte das firmas individuais hoje existentes – representando 50,99% do total de arquivamentos nas Juntas Comerciais do país, de 1985 a 2005²⁸² - pode também converter-se em EIRELI, para melhor delimitar o risco da atividade empresarial.

Deve-se ponderar, ainda, a possibilidade de maior utilização da teoria em exame contra centros autônomos de imputação diversos das sociedades. No Direito de

²⁸¹ DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO – DNRC. Estatísticas. Brasília: DNRC. Disponível em <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 10.11.2011. Foram utilizadas as estatísticas de 1985 a 2005 porque os dados relativos aos anos seguintes ainda estavam segmentados, ou seja, não reunidos de maneira consolidada.

²⁸² DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO – DNRC. Estatísticas. Brasília: DNRC. Disponível em <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 10.11.2011.

Família, por exemplo, vem se tornando frequentes os casos de desconsideração inversa contra a pessoa física do cônjuge ou companheiro, a fim de alcançar o patrimônio da sociedade da qual ele faça parte. Ou, ainda, na *disregard* direcionada a fundações e associações que desvirtuaram suas finalidades legais.

Por todos estes fatores, é provável que se assista, nos próximos anos, à paulatina redução do percentual de casos de desconsideração da personalidade jurídica contra sociedades limitadas, observando-se correspondente aumento de sua incidência às sociedades anônimas, EIRELI e pessoas físicas, além de outros centros autônomos de imputação.

Quanto aos contornos processuais do instituto, o que se constatou foi sua aplicação apenas na fase executiva dos processos, sem que o contraditório e a ampla defesa tenham sido previamente assegurados ao sujeito atingido:

Salvo nas execuções fiscais, em que sabidamente não há fase de conhecimento do processo, pois o título executivo é constituído unilateralmente pela Administração Pública, bem como na execução de títulos extrajudiciais, o fato é que nos demais casos o membro do centro autônomo atingido pela desconsideração não teve a oportunidade de se defender de forma tão ampla quanto os réus originários. O mais comum é que numa demanda ajuizada contra sociedade, após a sentença e na fase de penhora de bens, quando os credores percebem que a sociedade não possui patrimônio suficiente para quitar a

dívida, optam por penhorar diretamente os bens dos sócios, aos quais se abre, no máximo, a possibilidade de impugnar a decisão já proferida, alijando-os da coleta de provas e das fases anteriores do processo. Pior ainda quando desconconsideração da personalidade jurídica é deferida *ex officio* pelo juiz, sem qualquer provocação do interessado.

Se em 94% dos casos o membro do centro autônomo atingido em decorrência da desconconsideração não teve assegurado amplo contraditório, pior ainda foi constatar que deste número, *em 12% do total de julgados a desconconsideração foi aplicada de ofício, sendo que mais de 91% desses casos são provenientes da Justiça do Trabalho*, de longe a maior responsável por essa prática. Adiante se verá que esta postura processual merece reparos, pois promove uma banalização do instituto.

Com relação ao fundamento jurídico – leia-se, o principal dispositivo legal invocado pelos tribunais para aplicar a teoria – têm-se os seguintes resultados:

A partir do principal dispositivo legal que fundamentou a decisão foi possível reunir os julgados em dois grupos, conforme a situação fática que lhes serviu de base. De um lado, estão aqueles em que a desconconsideração incidiu de acordo com os pressupostos históricos (desconconsideração clássica). De outro, aqueles nos quais esta teoria se baseou em pressupostos diversos, resultantes da evolução deste instituto no contexto brasileiro (desconconsideração atributiva).

Verifica-se ligeiro predomínio da desconsideração clássica, incidente em 55% do total de casos. Deste tipo são os julgados que se basearam no art. 50 do Código Civil, que exige a prova do “abuso da personalidade jurídica”, no art. 135 do Código Tributário Nacional, que requer “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” e no art. 82 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, que alude à “responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis”. Igualmente ocorreria quanto ao art. 18 da Lei nº 8.884/1994 (hoje substituído pelo art. 34 da Lei nº 12.529/2011), que requer “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, caso este artigo houvesse sido adotado como fundamento preponderante em algum dos julgados²⁸³.

O outro grupo reúne os casos em que a desconsideração não se guiou pelos pressupostos clássicos, mas por raciocínio diverso. Formam-no os julgados cujo fundamento preponderante foi o art. 2º da CLT, o art. 28 do CDC e o art. 4º da Lei nº 9.605/1998. Seu traço comum foi o distanciamento em relação aos pressupostos clássicos da desconsideração da personalidade jurídica e sua substituição por fundamentos de natureza eminentemente econômica, como a necessidade de proteção à parte vulnerável da relação jurídica. *Esta nova variante da desconsideração, própria da realidade nacional, verificou-se em 45% do total de casos.* A ela será dado destaque no próximo capítulo, demonstrando a forma como incide bem como suas falhas e efeitos colaterais, em grande medida responsáveis pela superutilização do instituto.

Encerra-se este panorama fazendo sucinta comparação entre os dados referentes à Justiça brasileira e aqueles apresentados no estudo pioneiro de Robert Thompson. Enquanto neste último verificou-se percentual médio de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em torno de 40%, até o ano de 1985²⁸⁴, no Brasil este percentual foi de 59%, muito superior ao norte-americano. Além disso, no trabalho de Thompson o percentual de incidência da *disregard doctrine* manteve-se praticamente estável ao longo dos anos, enquanto este estudo revelou tendência de queda no Brasil, passando de 65% em 2002 para 55% em 2010. Mesmo considerando a

²⁸³ Referido artigo, ao menos nos limites temporais e quantitativos desta pesquisa, sempre esteve associado a outras normas, sendo que a fundamentação dos julgados assentava-se preponderantemente nestas últimas, ainda que os votos mencionassem *ent passant* o art. 18 da Lei nº 8.884/1994. Ou seja, mesmo nos casos envolvendo Direito Concorrencial, a lide, na parte pertinente à desconsideração da personalidade jurídica, não fora solucionada sob a perspectiva estrita da concorrência.

²⁸⁴ THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991. p. 1.040.

atualização de Hodge e Sachs²⁸⁵, que aplicou a metodologia de Thompson para as decisões de 1.986 a 1.995, verifica-se diminuição no ritmo de incidência desta teoria nos Estados Unidos. O ritmo de diminuição nos EUA é mais lento do que no Brasil, pois lá houve queda de 05 pontos percentuais em 10 anos (de 40% em 1.985 para 35% em 1.995), enquanto aqui o corte foi de 10% em apenas 08 anos. Este aspecto será detalhado no Capítulo V, mas já se pode adiantar que ele sinaliza o fato de que os tribunais, tanto no Brasil quanto nos EUA, parecem estar cada vez mais criteriosos na aplicação da *disregard doctrine*. Aponta também que esta teoria foi superutilizada nas últimas décadas, sofrendo agora um processo de readequação de seu alcance e limites.

Focando-se especificamente no segundo grupo de casos (desconsideração atributiva), verifica-se ter havido aumento nos EUA, entre as décadas de 80 e 90, passando de 35% para 41%²⁸⁶. Também no Brasil houve considerável aumento de sua incidência entre 2002 e 2009, saltando de 44% para 51% do total de casos. Ou seja, esta nova variante chegou a se tornar majoritária na pesquisa empírica, superando a teoria clássica. Em 2010 já se nota redução a 41% do total de casos. Apesar da queda, a desconsideração atributiva continua expressiva:

²⁸⁵ HODGE, Lee C.; SACHS, Andrew B. Piercing the Mist: Bringing the Thompson study into the 1990s. *Wake Forest Law Review*. n.º 43, p. 341-363, January. 2008. p. 349.

²⁸⁶ Op. cit. p. 355. “Courts are asked increasingly to pierce the corporate veil in the statutory context. Pre-1986, less than 35% of piercing cases were statutory; from 1986–1995, over 41% of piercing cases were statutory cases.⁹³ However, the piercing rate for statutory cases has remained constant at just over 40%. Combined with the overall drop in piercing percentage for total cases, this means that a 1986–1995 statutory plaintiff was more successful than the average piercing plaintiff, while pre-1986, there was no discernable difference in success rates.”

CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DO COTEJO ENTRE A DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA E A PESQUISA EMPÍRICA DE JURISPRUDÊNCIA

A desconsideração da personalidade jurídica é o tema mais debatido no Direito Societário e, não obstante, permanece entre os menos compreendidos. (Robert Blakey Thompson)

4.1 – Análise Econômica do Direito: breves notas.

Para compreender o contraste entre a dogmática clássica acerca da limitação de responsabilidade dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres – por metonímia, a limitação de responsabilidade dos sócios – e os resultados da pesquisa empírica de jurisprudência, necessário recorrer à análise econômica do Direito - AED. Esta consiste numa metodologia auxiliar que se vale de modelos econômicos para melhor compreender os possíveis efeitos tanto da elaboração quanto da modificação e interpretação de normas jurídicas. O ponto de partida da AED é o fato de que os indivíduos, em geral, atuam racionalmente, de forma que certos comportamentos são previsíveis e esperados diante de certos tipos de estímulo²⁸⁷. Ainda que um ou outro membro do grupo se desvie do padrão, o agir racionalmente fará com que a maior parte se oriente no sentido previsto. Portanto, a análise econômica do Direito permite construir modelos capazes de prever, com elevado grau de acerto, as possíveis respostas a determinado incentivo jurídico²⁸⁸. Sua grande vantagem é substituir a mera intuição por previsões objetivas, mais próximas do que se verifica nas ciências exatas²⁸⁹.

²⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIV, n.º 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

²⁸⁸ GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. Esquizofrenia Jurídica: El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Themis*. Lima: Themis, n.º 44, p. 17-35, 2002. p. 20-21. “[...] el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

[...]

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en

Com efeito, o uso do método econômico possui estreita relação com a Ciência do Direito, a começar pela etimologia. “Econômico” deriva do grego *oikos* + *nomos*, sendo que *oikos* representa a atividade de administrar bens escassos, para deles retirar a máxima utilidade, ao passo que um dos significados de *nomos* é norma, regra de conduta²⁹⁰. Porém, é preciso enxergar os *limites* da AED, para não se esperar dela mais do que realmente pode oferecer. Esta metodologia não substitui o constante juízo de valor inerente ao Direito. Ela não define qual deve ser o conteúdo das normas jurídicas, quais bens devem ser tutelados em detrimento de outros²⁹¹. Tal tarefa marcadamente ideológica compete aos juristas, sempre respeitando os marcos do Estado Democrático de Direito, notadamente a Constituição Federal, os quais situam-se em posição hierarquicamente superior aos objetivos econômicos. Porém, uma vez definidos estes valores, a AED atua como importante ferramenta para indicar se o meio que se pretende utilizar para resguardá-los está, em tese, apto a alcançar os fins pretendidos. É nesta verificação de congruência entre meio e fim que reside sua principal utilidade²⁹².

Tradicional exemplo de aplicação da AED na fase de elaboração da norma jurídica é o do crime de pedofilia. Caso a pena deste crime fosse elevada para o mesmo patamar do homicídio, poder-se-ia intuir que haveria maior inibição à prática daquele delito. Contudo, a AED sugere justamente o contrário: haveria incentivo subliminar a que

ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica.”

²⁸⁹ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison-Wesley, 2000. p. 3. “Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense.”

²⁹⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

²⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40. “[...] necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário [...]”

²⁹² RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas: Red, 2002. p. 240. “A palavra direito vem de *directum*. O direito dirige as ações humanas. Se é preciso dirigir a economia, os economistas terão sem dúvida de dizer porquê e para que fim, mas somente os juristas poderão dizer por que regras e sanções. Uns darão o fim, outros os meios. Nada adiantaria colimar um fim que nenhum meio permitisse atingir.”

Vide, ainda, a seguinte ponderação: FRANCO, Gustavo. O Judiciário e a economia. *Revista VEJA*, ano 37, n. 35, 1º set. 2004, p. 87. “Ao economista cabe aprender, idealmente ainda na universidade, que seu ofício, as políticas econômicas, não é exercido no vácuo, mas dentro dos marcos institucionais e jurídicos de um Estado de Direito, que ele deve conhecer. Ao advogado cabe aprender que o Direito não é um universo

os pedófilos, percebendo que foram identificados pela vítima, optassem por matá-la, já que não sofreriam punição extra por isso²⁹³.

O método em exame também é muito útil na interpretação de normas jurídicas, como fundamento das decisões judiciais. Veja-se o seguinte julgado do STF. Como é de conhecimento notório, a lei do bem de família excepciona o imóvel do fiador, quando dado em garantia do contrato de locação, permitindo que seja penhorado mesmo se for o único imóvel da família²⁹⁴. Diversamente, o bem de família do inquilino goza de proteção legal. Havendo inadimplência no contrato de locação, surge um paradoxo: o inquilino inadimplente, o próprio causador da dívida, caso seja proprietário de imóvel diverso daquele que aluga²⁹⁵, terá seu bem protegido, ao passo que o fiador não. Ou seja, o causador da dívida recebe proteção legal ao passo que o mero garantidor, normalmente em razão de laços afetivos ou familiares, fica desamparado²⁹⁶. Esta foi a perspectiva adotada pelo STF no ano de 2005²⁹⁷, ao concluir que o dispositivo legal que permite a penhora do bem de família do fiador não fora recepcionado pela Constituição de 1988²⁹⁸, pois

paralelo imune ao que se passa no mundo prático da economia. Estudantes de Direito deviam aprender Economia, inclusive porque isto os fará melhores advogados.”

²⁹³ Caso típico de externalidade negativa decorrente de alteração da norma. Sobre as espécies de externalidade, recomenda-se: FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 425-426.

Para uma extensa lista de externalidades negativas decorrentes de modificação normativa, consulte-se: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 235.

²⁹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.009. Brasília: 29.03.1990. “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, Salvo se movido:

[...]

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

Trata-se de inciso incluído na Lei 8.009/1990 pela Lei nº 8.245/1991.

²⁹⁵ É o caso do indivíduo proprietário de um único imóvel, de elevado valor, que o aluga a terceiro para, com a renda proveniente deste negócio, alugar imóvel de menor valor e ali ter domicílio. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a impenhorabilidade do único imóvel, ainda que alugado a terceiros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 439.920/SP, j. 11.11.2003, Rel. Ministro Castro Filho.

²⁹⁶ Tratando do aval, Stephen Kanitz bem ilustrou o efeito nocivo das garantias pessoais sobre os laços familiares e sociais: KANITZ, Stephen. Procuro um avalista. *Revista VEJA*, ano 37, n. 20, 12 mai. 2004, p. 23. “[...] que interesse tem o avalista em colocar seus bens em risco sem receber nada em troca? O avalista entra gratuitamente nesse contrato como um voluntário, um altruísta, sem receber uma remuneração pelo serviço que presta [...].

Mas existe um efeito socialmente muito negativo nessa prática do aval, para o qual infelizmente sociólogos e antropólogos nunca atentaram. Ao pedir um aval de um parente ou amigo, o sistema financeiro usa para seu próprio conforto creditício os laços familiares e de amizade longamente costurados pela sociedade brasileira.”

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RE. n.º 352.940/SP, j. 25.04.2005, Rel. Ministro Carlos Velloso.

²⁹⁸ Parece incorreta a fundamentação do julgado. Como a Lei nº 8.009/1990 é *posterior* à Constituição Federal de 1988, o caso seria de inconstitucionalidade material ao invés de não recepção. O que pode deixar de ser recebido são as normas já vigentes no momento em que editada uma Constituição.

conflitante com o direito constitucional de moradia. Trata-se de posicionamento intuitivo, que não se valeu da AED.

Essa decisão fez com que a fiança, até então a garantia locatícia mais utilizada, perdesse força. Ocorre que as demais espécies de garantia da locação²⁹⁹ não foram capazes de substituir satisfatoriamente a fiança. A caução é pouco frequente no mercado imobiliário brasileiro, principalmente para inquilino de baixa renda, que não possui títulos para dar em garantia nem tem condição de depositar antecipadamente vários meses de aluguel. Já o seguro-fiança, como qualquer seguro, exige o pagamento antecipado de certos valores, ainda que não venha a ocorrer o evento segurado. Assim, os valores pagos anualmente pelo inquilino à seguradora seriam perdidos, ainda que houvesse regular adimplemento das obrigações locatícias. Esta modalidade de garantia encarece sobremaneira a locação, já que a fiança tradicional era prestada gratuitamente.

Assistiu-se, então, à consequência econômica desse julgado: recusa à fiança por parte de locadores e imobiliárias, visto que ela perdera seu principal atrativo (a possibilidade de penhora do imóvel do fiador), aumento dos custos locatícios, em detrimento principalmente da população de baixa renda e diminuição no número de unidades postas à locação, pelo receio de calote. Ou seja, a decisão do STF que parecia intuitivamente correta se revelou, na prática do mercado, um tiro pela culatra: ao invés de favorecer o direito à moradia, acabou dificultando-o. Por isso o citado foi revisto *menos de um ano depois*, readmitindo a penhora sobre o bem de família do fiador³⁰⁰.

Esse exemplo demonstra como o raciocínio intuitivo, por mais bem intencionado, pode conduzir a consequências práticas totalmente contrárias ao que se pretendia. Diversamente, a análise econômica do Direito aplicada ao caso poderia demonstrar ao julgador a importância da fiança para o mercado locatício, conduzindo a um julgamento mais eficiente. Por isso se defende a utilização da AED como método complementar. Contudo, há quem questione sua utilidade. Eric Posner³⁰¹, por exemplo, sustenta que ela falha por não ser capaz de identificar o que deveria conter a norma jurídica ideal, a fim de proporcionar grau máximo de eficiência. Acrescenta que a AED fornece apenas sugestões parciais (*open ended*). Todavia, as múltiplas respostas da literatura norte-

²⁹⁹ Recorde-se que na época somente havia três espécies de garantia locatícia: fiança, seguro fiança e caução. A Lei nº 11.196/2005, que incluiu a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento no art. 37 da Lei de Locações, é posterior ao julgado.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE. n.º 407.688/SP, j. 08.02.2006, Rel. Ministro Cezar Peluso.

³⁰¹ POSNER, Eric A. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 829-880, January, 2003.

americana ao mencionado autor³⁰² deixam claro que seu raciocínio padece de erro de perspectiva, por adotar postura radical (*all or nothing*). Realmente a AED não é capaz, sozinha, de determinar o conteúdo ideal da norma. E nem é isto o que se espera dela. Como dito de início, trata-se de metodologia *complementar*³⁰³ ao Direito. Ela é uma ferramenta, não um fim em si mesma. Visto sob a perspectiva correta, o método em questão atende a suas finalidades e pode ser bastante útil. Essa análise objetiva acerca das consequências de uma decisão judicial será aplicada a seguir, para demonstrar que o modo como a desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizada pela jurisprudência brasileira destoa profundamente de suas raízes históricas, gerando graves efeitos colaterais, nem sempre percebidos pelo julgador.

4.2 – AED aplicada à desconsideração da personalidade jurídica.

A análise econômica do Direito será útil para explicar a mais profunda mudança operada no instituto da desconsideração da personalidade jurídica nas últimas décadas. Trata-se da releitura de seu quarto pressuposto, que da concepção histórica de inobservância, por parte do membro de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, da autonomia que deve caracterizar as atividades desempenhadas por este centro, passou a ser compreendido como sendo a coibição ao comportamento *free rider*³⁰⁴. Ou seja, a repreensão a quem se utiliza dos benefícios proporcionados pela limitação de responsabilidade, manipulando-a com o escopo de externalizar riscos, sem observar os deveres correlatos que o ordenamento jurídico impõe como condicionantes a esta limitação.

Adiante se demonstrará que essa releitura econômica do núcleo histórico da desconsideração deu origem a uma variante da teoria clássica, própria da realidade

³⁰² CRASWELL, Richard. In That Case, What Is The Question? Economics and the Demands of Contract Theory. *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 903-924, January, 2003; AYRES, Ian. Valuing Modern Contract Scholarship. *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 881-901, January, 2003.

³⁰³ Sobre o caráter complementar da AED, com foco nos contratos: ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14-17.

³⁰⁴ FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*: Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 432. “[...] [*free-rider* è il] fruitore di un bene che non paga il corrispettivo per il bene che consuma.”

No mesmo sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243. “Como *free-rider* define-se o agente que quer gozar das vantagens mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento.”

nacional. Num primeiro momento, houve aplicação exagerada desta nova variante pela jurisprudência, como constatou a pesquisa empírica. Isso se deveu ao equívoco no critério econômico utilizado para fundamentá-la, o qual consagrou conceito indeterminado em substituição ao núcleo histórico do instituto, sem delinear com clareza os pressupostos complementares e os limites dessa nova desconsideração.

A releitura econômica da desconsideração da personalidade jurídica iniciou-se nas décadas de 60 e 70, a partir dos estudos da Escola de Chicago³⁰⁵. Duas premissas justificariam a limitação de responsabilidade. Primeiro a de que as partes de qualquer negócio jurídico poderiam, em tese, obter plenas informações umas sobre as outras e sobre o objeto negociado. Segundo, que seria possível convencionar livremente os valores envolvidos no negócio, a partir dessas informações. Assim, quanto maior fosse o risco de inadimplemento por uma das partes, maior seria o prêmio cobrado pela outra, sob a forma de juros, por exemplo. Plenitude da informação e liberdade de contratar eram a justificativa da Escola de Chicago para a limitação de responsabilidade³⁰⁶.

Ocorre que o mercado real funciona de maneira diferente. A concorrência é imperfeita, caracterizando-se pelos custos de transação, pela assimetria de informações, pelo risco moral (*moral hazard*) e por fenômenos de seleção adversa³⁰⁷. Isto faz com que a análise econômica da limitação de responsabilidade seja tarefa complexa, envolvendo a ponderação de diversos fatores. Na prática, porém, o que constatou a pesquisa empírica foi a utilização de raciocínio econômico simplista para afastar a limitação de responsabilidade, por meio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os pressupostos históricos desta teoria foram sendo paulatinamente atenuados ou mesmo substituídos pelos conceitos de *free rider* e externalização ilícita de riscos. Isto fica claro nas decisões da Justiça do Trabalho. Aqui boa parte dos julgados sequer menciona os pressupostos históricos. Ao contrário, a análise econômica costuma ser o principal fundamento para a

³⁰⁵ COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. Esta obra reúne vários estudos de Ronald Coase, inclusive o clássico “The Problem of Social Costs”, originalmente publicado em 1961 e considerado o precursor da Escola de Chicago. Também Richard Posner é um dos expoentes dessa escola: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003. Note-se que a primeira edição desta obra data de 1973 e foi escrita como *text book* para os alunos do curso de *Law & Economics* da Universidade de Chicago.

³⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 482-483.

³⁰⁷ A Nova Economia Institucional – NIE é quem melhor explica o mercado real: WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985; WILLIAMSON, Oliver E. *The Logic of Economic Organization*. *Oxford Journals*. Oxford: Oxford University Press, v. 4, n.º 1, p. 65-93, spring, 1988; WILLIAMSON, Oliver E. *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead*. *Journal of Economic Literature*. American Economic Association, v. 38, n.º 3, sep. 2000.

desconsideração³⁰⁸. É recorrente a afirmação de que o risco (aspecto econômico) decorrente do exercício de atividade empresarial incumbe exclusivamente ao empresário que a exerce, não podendo de maneira alguma ser externalizado (outro termo econômico) em detrimento dos empregados. Consequentemente, havendo insucesso da empresa (ainda que por vias regulares e inevitáveis), os sócios devem responder pelas verbas trabalhistas devidas pela sociedade. Veja-se o que decidiu o TST, à unanimidade:

Sabe-se que o empregado não participa dos riscos do empreendimento. Se a empresa não possui bens ou oculta aqueles passíveis de comercialização, ou mesmo indica fora da ordem do art. 655 do CPC, restam passíveis de constrição os bens dos sócios.

A condição de responsável pelos débitos trabalhistas é adquirida em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica do empregador e, conseqüentemente, pelo reconhecimento de sua responsabilidade civil quanto aos débitos trabalhistas surgidos durante o interregno em que participou do quadro societário da empresa³⁰⁹.

Neste outro julgado, chega-se ao extremo de *presumir* que se a sociedade está insolvente, isto decorre de conduta ilícita dos sócios, que teriam desviado o lucro da empresa para proveito pessoal. A pretexto de tutelar o empregado, não se verificou se teria havido, no caso concreto, descumprimento do quarto pressuposto histórico da desconsideração da personalidade jurídica. Ao invés disto, utilizou-se argumento econômico simplista no sentido de que o insucesso da empresa deve ser *sempre* suportado *diretamente* pelos sócios:

À época em que a reclamação foi proposta, o alienante do bem constrito era sócio da empresa, constituindo seu patrimônio através da obtenção de recursos advindos da sociedade na qual os empregados empregaram sua força de trabalho para que, numa conjugação de esforços, pudesse se desenvolver e obter êxito e, via de conseqüência, promover seu crescimento e geração de lucros.

³⁰⁸ Ainda que a generalidade dos acórdãos não adote expressamente os termos econômicos, como custos de transação ou externalização ilícita de riscos, a leitura dos votos deixa claro que tais conceitos estão subliminarmente presentes.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma, AIRR. n.º 229940-27.2004.5.12.0034, j. 09.12.2009, Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Trecho do voto do Relator.

Como tal, deveria ter reservado parte de seu patrimônio para atender ao cumprimento de suas responsabilidades enquanto sócio da empresa. Esta, em não as tendo cumprido, nada mais justo que os sócios que dela se beneficiaram ressarcam aqueles que prestaram seu trabalho e não tiveram seu direito respeitado, eis que o empregado não corre o risco do empreendimento, em consonância com o disposto no artigo 10 da CLT. Outrossim, não se deve olvidar que a responsabilidade trabalhista é diversa da civil, em face da proteção legal concedida ao crédito trabalhista, de natureza alimentar que se sobrepõe inclusive ao crédito fiscal. Desta forma, o que garante a execução é muito mais o patrimônio daqueles que direta ou indiretamente se beneficiaram do labor do ex empregado do que o rigorismo mais formal.

[...]

A jurisprudência tem decidido que os bens particulares dos sócios devem ser penhorados quando a empresa esteja sem patrimônio, pois significa que o patrimônio social foi absorvido pelos sócios, que o transformaram em bens particulares³¹⁰.

Duas coisas ficam claras a partir da leitura deste julgado: (i) o objetivo precípua da Justiça do Trabalho é *proteger o empregado*, em razão de sua vulnerabilidade; (ii) isto autoriza *desconsiderar a limitação de responsabilidade sempre que ela for óbice ao ressarcimento da parte vulnerável* (juízo de eficiência ou ineficiência econômica dessa limitação), mesmo se ausente qualquer dos pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica. Este tipo de raciocínio não se restringe à Justiça do Trabalho, tendo sido verificado também nos tribunais estaduais, quando se trata de proteger o consumidor:

[...] deparando-se os exequentes com a frustração da execução, assiste-lhes razão ao pleitear a incidência da *disregard doctrine*. Tal pretensão está embasada no artigo 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor e, como visto, dispensa comprovação da intenção do abuso³¹¹.

Igualmente ocorre no Direito Ambiental:

³¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 87969-58.2001.5.15.5555, j. 08.05.2002, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo Correia de Araújo. Trecho do voto da Relatora.

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.

[...]

No caso concreto, restou comprovada a insuficiência patrimonial da sociedade empresária, sendo a sua personalidade um obstáculo à satisfação da multa ambiental aplicada. Portanto, considerando a legislação citada bem como os princípios da reparabilidade e do poluidor-pagador, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa agravada, possibilitando a inclusão dos sócios no pólo passivo da presente execução³¹².

Ficou clara a intenção da jurisprudência em assegurar o ressarcimento da parte vulnerável, “a qualquer custo”. Intuitivamente, os acórdãos justificaram essa posição a partir dos conceitos econômicos de *free rider* e de exteriorização ilícita de riscos. Assim, o membro de um centro autônomo de imputação que auferiu lucros em prejuízo do trabalhador, do consumidor ou do meio ambiente deve ser responsabilizado, mesmo se ausente qualquer dos pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica. Em suma, estes conceitos econômicos se tornaram, senão o único, ao menos o *principal fundamento* para a desconsideração incidente a favor de partes vulneráveis.

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul colhe-se ainda curioso acórdão em que a desconsideração da personalidade jurídica foi, por unanimidade de votos, aplicada contra empresário individual, mesmo sendo pacífico que este não goza da limitação de responsabilidade, de modo que todos os seus bens responderiam pelas dívidas empresariais:

Em princípio, mostra-se desnecessário o redirecionamento da execução contra a pessoa física quando a execução for movida contra firma individual, que não tem personalidade jurídica e confunde-se com a própria pessoa natural da qual é mera extensão.

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 70032657991, j. 25.11.2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Trecho do voto da Relatora.

³¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível, AI. n.º 0668434-90.2006.8.13.0471, j. 15.09.2009, Rel. Desembargador Edivaldo George dos Santos. Trecho do voto do Relator.

[...]

No entanto, o caso dos autos traz uma situação peculiar, qual seja, a baixa da empresa individual, conforme referido pelo Magistrado “a quo”. Assim, caso não fosse possível prosseguir a execução, principalmente no sentido de tentativa de penhora, correr-se-ia o risco de ver-se frustrada a pretensão da agravante em reaver seu crédito, que ultrapassa o montante de R\$ 20.000,00.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para redirecionar a execução para a pessoa física titular da empresa individual³¹³.

Ora, não havendo dois centros autônomos de imputação distintos, cada qual dotado de patrimônio próprio, não faz sentido cogitar-se de desconconsideração da personalidade jurídica (primeiro pressuposto). Neste caso, a despeito de se tutelar o Fisco, que nem sequer é credor vulnerável, mais uma vez foram postos de lado os pressupostos históricos dessa teoria.

Fato semelhante ocorre quando se aplica a *disregard doctrine* para atingir sócio minoritário, sem poderes de administração. Como visto no Capítulo II, a incidência da mencionada teoria requer algum tipo de malversação de esferas decisórias ou patrimoniais (quarto pressuposto), algo que em regra somente poderia ser praticado pelos sócios titulares do poder de controle societário e que o exerçam efetivamente, com o intuito de manipular a limitação de responsabilidade, em proveito próprio ou de terceiros. Diversamente, os minoritários não poderiam ter sua esfera patrimonial atingida, já que não desrespeitaram os condicionantes da responsabilidade limitada. Na prática, porém, o que se verifica é a reiterada desconconsideração da personalidade jurídica para alcançar sócios minoritários, ao argumento de que eles seriam automaticamente beneficiados pela conduta ilícita dos administradores, simplesmente por serem membros do centro autônomo de imputação:

[...] o recorrente é o sócio com menor número de cotas e que não fazia parte da sociedade, quando do início da presente demanda, afirmando, ainda, que não há nos autos nenhuma comprovação de que os “demais

³¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível, AI. n.º 70033041336, j. 17.12.2009, Rel. Desembargador Liége Puricelli Pires. Trecho do voto do Relator.

sócios não possuam bens suficientes para pagamento da dívida que se executa”.

[...]

O fato de o sócio agravante, proprietário do bem imóvel penhorado, somente ter passado a integrar a sociedade em junho/2000, enquanto que o contrato de trabalho do exeqüente teve vigência no período de novembro/1994 a janeiro/1997, não constitui óbice à constrição judicial dos seus bens, pois, ao ser admitido na sociedade, assumiu todos os deveres e direitos sociais cedidos e transferidos pelo sócio cedente, consoante previsto, inclusive, no item II da alteração contratual (fls. 356/358), dentre eles a responsabilidade, ainda que secundária, pelo passivo trabalhista³¹⁴.

A decisão citada desrespeita duplamente os pressupostos históricos do instituto: primeiro, porque atinge sócio minoritário sem poderes de administração; segundo, porque como o sócio ingressou na sociedade após o término do contrato de trabalho, presume-se que não tenha qualquer participação no ato que causou prejuízos ao empregado. A desconsideração, se cabível, deveria ter sido aplicada exclusivamente contra os majoritários que comprovadamente tivessem se utilizado da pessoa jurídica como escudo para a prática de ilícitos. Novamente há utilização implícita do conceito de *free rider*: quem ingressa em sociedade que havia praticado ilícitos não poderá se beneficiar da limitação de responsabilidade.

Outro aspecto curioso é o entendimento da Justiça do Trabalho acerca da sucessão trabalhista no caso de transferência voluntária de clientela entre administradoras de planos de saúde. O TRT de São Paulo equiparou essa transferência ao contrato de trespasse, ocasionando a sucessão das obrigações trabalhistas. Sem quaisquer considerações sobre os pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica, o mencionado órgão judicante concluiu, a partir de raciocínio eminentemente econômico, que a clientela representa o principal elemento lucrativo das sociedades operadoras de plano de saúde. Consequentemente, sua transferência espontânea a outra sociedade torna o adquirente responsável pelas obrigações trabalhistas devidas pelo alienante, a fim de que o empregado não fique desamparado:

³¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 42040-79.1997.5.06.0011, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Emmanoel Pereira. Trecho do voto do Relator.

[...] a empresa SAÚDE ABC Planos de Saúde Ltda. assumiu a Carteira de Clientes da empresa Interclínicas - Planos de Saúde S/A em liquidação extrajudicial em 14 de dezembro de 2004.

[...]

Ora, se a recorrente adquiriu de forma espontânea a Carteira de Clientes da reclamada não há que se eximir de sua responsabilidade pelos créditos trabalhistas advindos em consequência dessa contratação.

[...]

E nem se alegue a inexistência de prova da aquisição do fundo de comércio ou de qualquer outro elemento que descaracterizaria a sucessão trabalhista. E isso porque a clientela no caso da prestação de serviços é o bem mais importante do fundo de comércio, que nada mais é do que a capacidade que a empresa tem de gerar lucros, podendo ser resumido, numa análise objetiva, em ponto e clientela.

Nessa conformidade, considerando que a recorrente continuou a explorar o mesmo ramo de atividade que as reclamadas, utilizando a mesma mão-de-obra e, o mais importante, atuando com a mesma clientela, restou plenamente caracterizada a sucessão trabalhista³¹⁵.

O traço comum dos julgados transcritos neste tópico é o fato de terem dado primazia aos conceitos econômicos de *free rider* e de exteriorização ilícita de riscos como fundamento para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. Considerações sobre a natureza da atividade desenvolvida pelo centro autônomo de imputação que se pretendia desconsiderar (segundo e terceiro pressupostos históricos), sobre a malversação de esferas patrimoniais ou decisórias (quarto pressuposto), ou sequer a existência de ao menos dois centros autônomos de imputação distintos (primeiro pressuposto) foram deixadas de lado. Há casos, inclusive, de sua desnecessária aplicação contra quem já era solidariamente responsável pela dívida (quinto pressuposto).

Em resumo, a partir de um subjetivo senso de justiça o magistrado se valeu desses conceitos econômicos como instrumento para declarar ineficaz a limitação de responsabilidade, substituindo os pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica na definição dos limites deste instituto. Isto redundou em sua aplicação exagerada, a casos nos quais tecnicamente não deveria incidir. Nos próximos

³¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 12ª Turma, RO. n.º 00948-20.05.0150.2006, j. 23.11.2006, Rel. Desembargadora Vania Paranhos. Trecho do voto da Relatora.

tópicos serão analisados alguns efeitos colaterais desta postura jurisprudencial, capazes de comprometer as importantes funções – tanto micro quanto macroeconômicas – da limitação de responsabilidade, influenciando negativamente o mercado e disseminando insegurança jurídica. Até mesmo os sujeitos vulneráveis que se intenta proteger podem ser eventualmente prejudicados por ela.

Por ora, conclui-se da análise empírica que o raciocínio econômico (juízo de eficiência ou ineficiência da limitação de responsabilidade no caso concreto) é fortemente utilizado para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. *Em termos estatísticos, a argumentação econômica responde por 45% do total de casos de incidência da mencionada teoria.* As decisões desse tipo enfatizam, principalmente, a necessidade de se evitar que o risco decorrente da atividade empresarial seja indevidamente transferido a sujeitos vulneráveis, como os empregados ou consumidores (externalização ilícita de riscos), visam a punir o empresário que usufruiu da limitação de responsabilidade sem respeitar seus condicionantes (*free rider*) ou simplesmente concluem que a limitação de responsabilidade, se respeitada no caso concreto, não seria a solução mais eficiente (juízo de eficiência econômica). Consequentemente, estes julgados optaram por declarar ineficaz a limitação de responsabilidade, mesmo na ausência de prova acerca de um ou de alguns pressupostos clássicos da desconsideração da personalidade jurídica.

4.3 – Relações jurídicas com e sem presunção legal de vulnerabilidade; o status privilegiado conferido à tutela de determinados bens jurídicos.

A evolução do Direito Comercial fez com que dele se desgarrassem as normas destinadas especificamente à proteção de certos sujeitos, como os empregados e consumidores, tendo em vista sua vulnerabilidade frente aos empresários, que demandava a criação de um conjunto próprio de normas, preocupado em evitar sua exploração injusta. Consequentemente, as relações mantidas entre o empresário e estes sujeitos, que antes eram tratadas indistintamente pelo Direito Comercial, passaram a constituir ramos próprios, dotados de princípios específicos e guiados por lógica diversa daquela que permeia as relações travadas exclusivamente entre empresários. Surgiram o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, com a consequente redução do âmbito de

abrangência do Direito Comercial, que passou a ter por objeto exclusivamente as relações interempresariais³¹⁶.

Essa linha evolutiva trouxe importantíssimas repercussões sobre os mais diversos temas do Direito Comercial, inclusive sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Pretende-se demonstrar que a lógica própria do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor (e, mais recentemente, do Direito Ambiental) paulatinamente fez com que a desconsideração, teoria criada para incidir em relações jurídicas nas quais havia igualdade formal entre os sujeitos, nesses novos ramos visasse outros objetivos: proteger a parte vulnerável (consumidor ou empregado) ou conferir especial tutela a certos bens jurídicos (caso do meio ambiente saudável). A limitação de responsabilidade passou a ser afastada sempre que a sua observância dificultasse alcançar tais objetivos. Esse movimento conduziu à progressiva substituição dos pressupostos históricos da *disregard doctrine* por raciocínios econômicos na definição dos contornos e limites deste instituto.

Nestes novos ramos do Direito a desconsideração funciona como cláusula geral de extensão da responsabilidade, assegurando que eventuais prejuízos não sejam suportados pela parte vulnerável. De mera providência subsidiária, cabível em casos restritos, essa teoria ampliou seu alcance para atuar como *instrumento de realocação de riscos*³¹⁷, sempre que estes tenham sido convencionados ou de qualquer forma exteriorizados em dissintonia com os objetivos do legislador. Notadamente quando essa exteriorização se faça em prejuízo de sujeitos vulneráveis, pois a intenção destes novos ramos é justamente conferir especial proteção a tais sujeitos. Assim, diante de algum dano a partes vulneráveis a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é invocada como instrumento para restaurar a distribuição de riscos desejada pelo legislador, a fim de alocá-los não apenas no centro autônomo de imputação que fracassou como também em seus membros, evitando que alguma parcela deles seja transferida aos vulneráveis. Isto representa a *desconsideração contemporânea*, também chamada de atributiva.

³¹⁶ A excelente análise histórica de Paula Forgioni claramente demonstra este ponto: FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132-147.

³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 487-488. “A responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador.

Consequentemente, a desconsideração, segundo essa visão, não interfere (negativamente) em uma distribuição de riscos livremente negociada entre as partes, mas apenas redistribui os riscos, retomando a

Ocorre que a teoria clássica, estudada no Capítulo II, não deixou de existir. Ela preservou suas feições históricas e convive com a desconsideração contemporânea tanto na legislação quanto na jurisprudência. Cumpre, então, delimitar as fronteiras entre uma e outra.

*Nas relações jurídicas mantidas estritamente entre empresários, o grau de autonomia da vontade é mais acentuado*³¹⁸. Salvo em situações excepcionais o legislador não presume a desigualdade desses sujeitos. A lei apenas traça a moldura, o quadro geral fixando os limites mínimo e máximo dentro dos quais pode ser exercida a liberdade negocial³¹⁹. Respeitados esses limites, faculta-se às partes contratar livremente, assumindo os riscos que julgarem convenientes em cada situação. Até prova em contrário, presume-se que nas relações interempresariais a distribuição de riscos é fruto de escolha livre e consciente, convencionada entre empresários conhecedores do mercado e portadores, ao menos, das informações mínimas necessárias para atuar nele³²⁰. Portanto, todo negócio jurídico empresarial se assenta, ainda que implicitamente, nessa distribuição de riscos, acarretando a formação de uma *equação econômico-financeira*, uma relação de proporcionalidade entre os riscos assumidos por cada parte, cuja preservação deve ser buscada. Nas atividades desenvolvidas por sociedade empresária, por exemplo, a limitação de responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais (nos tipos societários que a consagram) consubstancia o elemento fundamental dessa equação. É ela que permite aos sócios estimar o risco pessoal de se investir neste ou naquele empreendimento. Além desta função eminentemente privada, a limitação de responsabilidade apresenta também relevantes funções macroeconômicas, ao estimular o ingresso de novos agentes no mercado, reduzir custos de transação, facilitar a circulação de riquezas e, conseqüentemente, contribuir para o progresso econômico e social³²¹. Por isso, as normas

repartição desejada pelo legislador. Ou, mais claramente, a desconsideração enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de *free-rider*.”

³¹⁸ Evidentemente, não se está fechando os olhos para o fato de que também nos contratos empresariais incidem normas cogentes, de ordem pública, configurando o chamado dirigismo contratual. O que se sustenta, porém, é que no Direito Comercial, dada sua formação histórica, ainda que incidam normas cogentes o campo reservado à autonomia da vontade é superior ao que se verifica em outras searas, como o Direito do Consumidor ou trabalhista.

³¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. III. p. 9 -14.

³²⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 136. “O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos inerentes à atividade econômica.”

³²¹ A importância macroeconômica da limitação de responsabilidade é destacada como valores fundamental do Projeto de Novo Código Comercial: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

relativas à limitação de responsabilidade devem ser estáveis, claras e precisas, a fim de permitir o *cálculo racional do risco*³²².

Consequentemente, nas relações jurídicas marcadas pela paridade das partes, como de regra sucede no Direito Comercial, aplica-se a desconsideração clássica. Quando respeitados os limites mínimo e máximo fixados pelo ordenamento jurídico para a distribuição de riscos, somente com a prova cumulativa dos cinco pressupostos históricos desta teoria é que se admite declarar a ineficácia da limitação de responsabilidade, não podendo tal declaração basear-se exclusivamente em raciocínios econômicos³²³.

A desconsideração clássica é a que melhor assegura o respeito às estratégias empresariais, de forma que cada sujeito arque com o resultado de suas escolhas. Com efeito, a concorrência faz com que cada empresário busque vantagens competitivas, sendo necessário fazer constantes opções sobre o modo como será exercida sua atividade. Cada escolha representa uma aposta racional e envolve certo risco. Da mesma forma como os negócios mais arriscados têm perspectiva de retorno superior, também podem ocasionar perdas consideráveis. Estes dois extremos fazem parte da equação econômico-financeira. Não havendo qualquer ilicitude em sua conduta, o empresário faz jus aos ganhos que obtiver assim como deve arcar com os prejuízos que venha a sofrer. O que não se admite é invocar a desconsideração da personalidade jurídica apenas quando o resultado de suas escolhas se revelar deficitário, pois não há lei que possibilite essa redistribuição de riscos, já que o empresário não é legalmente considerado vulnerável. A vida empresarial é feita de tentativa e erro. Respeitadas as condicionantes históricas da responsabilidade limitada, cada empresário deve arcar com as consequências de suas escolhas, sejam elas boas ou ruins³²⁴.

Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 7-8. “Os valores do direito comercial não serão recosidos se simplesmente insistirmos em repetir sua formulação originária, acentuadamente individualista.

Não conseguiremos cultivar nenhum valor assimilável no contexto da sociedade democrática altamente complexa dos nossos dias afirmando, por exemplo, que a regra da limitação da responsabilidade dos sócios deve ser observada para prestigiar a vontade expressa por estes, de não exporem a risco de perda, na empresa, mais do que estabeleceram no contrato social ou boletim de subscrição. Precisamos mudar o foco e mostrar o quanto a proteção desse interesse privado dos sócios corresponde à proteção de interesses metaindividuais da coletividade, ao limitar os riscos e, portanto, contribuir para o barateamento dos produtos e serviços oferecidos ao mercado consumidor.”

³²² Aquilo que Max Weber convencionou chamar de *direito calculável*, enquanto Natalino Irti rotulou de *ordem jurídica do mercado*, conforme destacado no Capítulo I.

³²³ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 744.107/SP, j. 20.05.2008, Rel. Ministro Fernando Gonçalves.

³²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 91-94. “O agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade do erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais.

Ou seja, no cenário de concorrência regular (ainda que imperfeita), sem a prática de ilícitos ou o uso de informações privilegiadas, cada empresário deve conviver com as consequências de suas escolhas. Não cabe ao intérprete (mesmo ao magistrado) declarar ineficaz a limitação de responsabilidade com o fim de redistribuir os riscos convencionalmente contratados, a partir de fundamentos econômicos, pois o legislador não isenta o empresário de tais riscos. *Em suma, nas relações jurídicas marcadas pela paridade, ao menos formal das partes, somente poderá incidir a desconsideração clássica, se e quando provada a presença cumulativa de seus cinco pressupostos*³²⁵. É desta maneira que deve ser interpretado o art. 50 do Código Civil:

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

No citado dispositivo o termo “abuso da personalidade jurídica” deve ser entendido como equivalente ao quarto pressuposto histórico desta teoria (a inobservância do necessário distanciamento entre a atividade desenvolvida pelo centro autônomo de imputação e os seus membros). O texto legal *exemplifica*, a seguir, algumas condutas que podem indicar a inobservância desse pressuposto, como o “desvio de finalidade” e a “confusão patrimonial”. Há outras que também autorizam a desconsideração, como não se dotar a sociedade do capital mínimo necessário ao exercício da empresa. Este dispositivo preserva as escolhas empresariais, fruto da autonomia privada, na medida em que exige requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, vedando a desconsideração automática, por iniciativa do magistrado. Por tudo isso, trata-se de artigo aplicável

(...) Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua ‘álea normal’ (e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis).

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado.”

³²⁵ Neste sentido o Enunciado nº 146 do Conselho da Justiça Federal, que prevê a aplicação restritiva da desconsideração da personalidade jurídica nas relações privadas: BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF, III Jornada de Direito Civil. Brasília: 2004. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 25.02.2011. “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).”

exclusivamente às relações jurídicas com paridade formal entre o sujeito que requer e aquele contra quem se pretende aplicar a desconsideração. Mesmo porque não faria sentido exigir-se de alguém em situação de vulnerabilidade a prova de fatos que sabidamente teria dificuldade de produzir.

Também o Direito Concorrencial consagra a teoria clássica:

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 administração³²⁶.

Perceba-se que o dispositivo transcrito exige prova do “abuso de direito”, a ser interpretado da mesma forma como o “abuso da personalidade jurídica” no art. 50 do Código Civil. Em seguida, arrola condutas que podem, eventualmente, consubstanciar esse abuso. A *contrario sensu*, o fracasso empresarial decorrente de contingências naturais do mercado, sem qualquer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais, não autoriza a *disregard doctrine*, por ser fruto das escolhas empresariais e da livre convenção de riscos. Também no Direito Tributário³²⁷ e Falimentar³²⁸ segue-se o mesmo raciocínio.

A pesquisa empírica de jurisprudência revelou que a modalidade clássica corresponde a 55% do total de casos de incidência da desconsideração. Seu traço comum é o fato de ter por objeto relações jurídicas sem presunção legal de vulnerabilidade. Na

³²⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.884. Brasília: 11.06.1994.

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.529/2011. Esta, porém, tratou da matéria em seu art. 34, mantendo idêntica redação, com a única peculiaridade de ter subdividido o texto em *caput* e parágrafo único.

³²⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Tributário Nacional. Brasília: 25.10.1966. “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Na interpretação deste artigo, a jurisprudência sedimentou o entendimento de que o simples inadimplemento de obrigação tributária, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Faz-se necessária a presença de infração à lei, aos atos constitutivos da pessoa jurídica ou, de algum outro modo, a prova da intenção de sonegar o cumprimento dessa obrigação. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 718.541/RS, j. 19.04.2005, Rel. Ministra Eliana Calmon; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, EAG. n.º 494.887/RS, j. 23.04.2008, Rel. Ministro Humberto Martins.

³²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.101. Brasília: 09.02.2005. “Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.”

ponderação de valores entre os ganhos proporcionados pela limitação de responsabilidade e as perdas eventualmente causadas em decorrência dela, o legislador claramente se vinculou à primeira opção. Por isso exige prova, no caso concreto, de fato excepcional capaz de acarretar a ineficácia da separação de patrimônios, já que a regra nesse tipo de relação é o respeito às escolhas empresariais e a manutenção dos riscos convencionados.

O mesmo não ocorre nas relações jurídicas em que presente a vulnerabilidade (e não mera hipossuficiência³²⁹) de uma das partes. Aqui *a autonomia privada encontra seu âmbito reduzido por várias normas de ordem pública* que visam a evitar que a parte favorecida imponha risco excessivo à outra, aproveitando-se de sua superioridade. É o que ocorre, por exemplo, nas relações entre patrão e empregado, ou entre fornecedor e consumidor. Nelas, o ordenamento jurídico cuida para que o espaço de livre negociação seja mais estreito que o das relações interempresariais, impondo várias regras de conduta. Isto repercute diretamente no modo como a desconsideração da personalidade jurídica se aplica. Aqui ela atua como instrumento para restaurar a distribuição de riscos desejada pelo legislador, evitando que parcelas dele recaiam sobre a parte vulnerável. Ainda que para isso seja preciso declarar a ineficácia da limitação de responsabilidade da outra parte, transferindo esses riscos ao patrimônio pessoal de quem integra o centro autônomo de imputação, mesmo se não mantiver qualquer vínculo direito com o sujeito vulnerável (imputação, ao sócio, de dívida da sociedade).

Tal opção legislativa não se baseia exclusivamente na vulnerabilidade, ainda que este seja o seu principal critério. Há outros valores aos quais se conferiu primazia quando em confronto com a limitação de responsabilidade. Exemplo é o meio ambiente. A fim de protegê-lo, a lei afasta a separação patrimonial sempre que ela, de qualquer forma, consubstanciar obstáculo ao ressarcimento de danos ambientais.

Esse raciocínio econômico que pretende evitar a externalização de riscos em desfavor da parte vulnerável fica claro nas normas que tratam do assunto:

³²⁹ A distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência provém da doutrina consumerista: BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41. “A doutrina especializada distingue a vulnerabilidade da hipossuficiência, baseando-se, sobretudo, na terminologia utilizada pelo CDC. O conceito de vulnerabilidade é de caráter material. Todo consumidor é vulnerável. De outra parte, a hipossuficiência é idéia vinculada ao processo civil. Cuida-se de pressuposto para inversão do ônus da prova pelo juiz, conforme previsão no art. 6º, VIII, do CDC. Significa dificuldade específica para realizar a prova em relação a determinado fato. Ademais, o reconhecimento da hipossuficiência depende da análise do caso concreto. Por esta razão, se afirma que todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente.”

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas³³⁰.

Art. 28. [...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores³³¹.

O art. 2º da CLT claramente alude ao objetivo de assegurar que os riscos da atividade econômica sejam internalizados exclusivamente pelo empregador, impondo solidariedade entre empresários participantes de grupo econômico (se há solidariedade, não há desconsideração – quinto pressuposto). No mesmo sentido, o art. 28, § 5º do CDC autoriza declarar a ineficácia da limitação de responsabilidade por simples inconveniência da separação patrimonial, sem exigir prova de qualquer dos pressupostos da desconsideração clássica. O mesmo ocorre no Direito Ambiental, com o intuito de assegurar a máxima reparação dos danos causados ao meio ambiente:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente³³².

O conteúdo propositadamente aberto dessas normas - contrastando com o art. 50 do Código Civil e os dispositivos que a este se assemelham - confere elevadíssima dose de discricionariedade ao magistrado para afastar a limitação de responsabilidade, sem maiores considerações sobre as nuances do caso concreto. Isto fez com que a

³³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: 01.05.1943.

³³¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: 11.09.1990.

jurisprudência passasse a aplicar a desconsideração contemporânea de maneira desmedida. Num primeiro momento, até sem perceber os efeitos colaterais dessa postura. A pesquisa empírica revelou que a modalidade contemporânea corresponde a 45% do total de casos em que aplicada a desconsideração. Não se trata, portanto, de algo excepcional e atípico, mas de número significativo de casos, a merecer especial atenção.

Sintetizando, há dois regimes nitidamente diversos quanto ao modo e aos requisitos com base nos quais se declara a ineficácia da separação patrimonial³³³. Primeiro o das relações *jurídicas sem presunção legal de vulnerabilidade*, tal como sucede no Direito Comercial, consubstanciando a desconsideração clássica. Ela exige prova concomitante de seus pressupostos históricos, conferindo preponderância à limitação de responsabilidade, sendo a mais adequada para preservar as escolhas empresariais. O ônus da prova desses pressupostos incumbe a quem invoca a desconsideração. Exemplo é o art. 50 do Código Civil. Em sentido oposto, *nas relações jurídicas caracterizadas pela vulnerabilidade de uma das partes*, ou para assegurar *especial tutela a determinados bens jurídicos*, a ineficácia da separação patrimonial decorre da opção legislativa por impor determinada distribuição de riscos. A limitação de responsabilidade é afastada em abstrato, sem maiores considerações sobre o caso concreto. Ela não respeita as escolhas empresariais e se assenta em fundamentos econômicos. Trata-se da desconsideração contemporânea, cuja aplicação desmedida pode trazer vários efeitos colaterais. Exemplo é o art. 28, § 5º do CDC.

Bem delineados esses dois regimes jurídicos, cumpre tratar de *categoria intermediária*, que não se encaixa, com perfeição, em nenhum desses extremos. Nela se incluem os sujeitos que nem são beneficiados pela presunção de vulnerabilidade e nem se encontram em igualdade formal com a outra parte da relação jurídica. Ou seja, nem são legalmente protegidos quanto à distribuição de riscos do negócio e nem são capazes de produzir prova plena dos pressupostos da desconsideração clássica. Nesta categoria está quem explora *pequenas empresas*³³⁴, inclusive sob a forma de EIRELI. A própria noção de justiça distributiva de Aristóteles – consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais – já recomenda que não se dispense o mesmo tratamento aos

³³² BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.605. Brasília: 12.02.1998.

³³³ Calixto Salomão Filho também considera fundamental, para bem delimitar o alcance da desconsideração, diferenciar credores vulneráveis e não vulneráveis: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 490-493.

³³⁴ Conforme a Lei Complementar nº 123/2006, art. 3º e art. 18-A. Pequena empresa é gênero que engloba três espécies: as microempresas, as empresas de pequeno porte e o pequeno empresário individual.

credores organizados sob a forma de multinacionais ou grupos econômicos, com elevado poder de produzir provas, e as pequenas empresas, desprovidas desta estrutura.

No Brasil, essa diferenciação se assenta em *bases constitucionais*, tendo em vista a previsão de política pública destinada a conferir tratamento favorecido e simplificado às pequenas empresas, nas mais diversas áreas³³⁵. A fim de concretizar o mandamento constitucional foram editadas sucessivas leis³³⁶, estando a matéria hoje regida pela Lei Complementar nº 123/2006, a qual dispõe que o pequeno empresário goza de *prerrogativas na cobrança de seus créditos* como, por exemplo, a possibilidade de ingressar com demandas nos Juizados Especiais³³⁷. Ainda que não haja na Lei Complementar nº 123/2006 dispositivo tratando especificamente da declaração de ineficácia da separação patrimonial (tal como feito no CDC e na CLT), o entendimento mais consentâneo com o tratamento constitucional do tema é no sentido de facilitar a desconsideração da personalidade jurídica a favor do pequeno empresário, como parte dessa política pública. Com base nisto sustenta-se que o pequeno empresário não está legalmente dispensado de fazer prova, no caso concreto, dos cinco pressupostos da teoria clássica, porém dele não se exige prova plena dos mesmos, bastando a apresentação de *indícios* para que ocorra a *inversão do ônus da prova*³³⁸, a fim de que o centro autônomo

Lembrando que também a EIRELI, instituída pela Lei nº 12.441/2011, pode ser enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

³³⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05.10.1988. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

³³⁶ Caso da Lei nº 8.864/1994 e da Lei nº 9.841/1999.

³³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 123. Brasília: 14.12.2006. “Art. 74. Aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.”

³³⁸ Não se trata de inversão do ônus da prova por força de disposição legal expressa, mas sim utilização da teoria da *carga dinâmica do ônus da prova*, no sentido de que tal ônus deve recair sobre a parte do processo que tenha melhores condições de produzi-la no caso concreto: ANDRIOLI, Virgílio. *Studi Sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 109-126; LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio *Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’*. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008; SICA, Heitor Vítor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n.º 146, p. 49-68, abr. 2007.

de imputação cuja limitação de responsabilidade se pretende declarar ineficaz comprove a inexistência desses pressupostos.

Assim deve-se proceder quando o pequeno empresário invoca a desconconsideração da personalidade jurídica *a seu favor*. Tratando-se de desconconsideração intentada *contra* ele, basta verificar em qual dos dois regimes jurídicos extremos se encaixa o requerente. Se for parte vulnerável aplica-se a desconconsideração contemporânea. Diversamente, na ausência de vulnerabilidade ou de norma conferindo-lhe especial proteção, cabe-lhe normalmente o ônus da prova dos cinco pressupostos históricos.

A figura da página seguinte ilustra esses três regimes.

Preocupa o fato de que, a pretexto de se tutelar determinados bens jurídicos, como recomendam os dispositivos legais citados no texto, a jurisprudência tenha entendido que a mera configuração de ameaça a algum deles, associada a argumentos de ordem econômica, seria suficiente para declarar ineficaz a limitação de responsabilidade, *sem maiores considerações sobre as nuances do caso concreto*. Isso acarretou aplicação exagerada³³⁹ da desconsideração contemporânea, capaz de comprometer as importantes funções da responsabilidade limitada, causando insegurança jurídica no mercado e, eventualmente, prejudicando os próprios sujeitos vulneráveis que se intenta proteger. Para combater esses exageros é preciso verificar em que medida os pressupostos da desconsideração clássica permanecem aplicáveis à modalidade contemporânea, bem como traçar-lhe marcos complementares, a fim de delimitar seu alcance e resgatar o necessário equilíbrio entre a limitação de responsabilidade, como regra do sistema, e o seu afastamento diante de determinados objetivos propostos pelo legislador. Esta tarefa será levada a efeito no Capítulo V, como parte daquilo que se convencionará chamar de reconsideração da personalidade jurídica.

4.4 – Caráter subsidiário da desconsideração e responsabilidade dos administradores que não integram o quadro societário.

A desconsideração da personalidade jurídica não se aplica a casos regidos por lei especial quando esta contenha mecanismo específico de proteção aos credores, capaz de ocasionar ineficácia da separação patrimonial (*lex specialis derogat generali*). Isto é consequência do quinto pressuposto da teoria clássica, que ressalta seu caráter subsidiário. Por exemplo, a indisponibilidade dos bens de administradores de instituição financeira³⁴⁰ torna desnecessário o recurso à *Durchgriff*. Esta indisponibilidade atua *ex lege*, extrajudicialmente e em abstrato, atingindo por igual todos os administradores, independentemente da prova de malversação de esferas decisórias ou patrimoniais.

³³⁹ Esse exagero já havia sido apontado pela doutrina: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 56; JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 156.

³⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.024. Brasília: 13.03.1974. “Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.”

Diversamente, a desconsideração da personalidade jurídica incide no caso concreto, por ordem judicial, exigindo a prova de seus pressupostos, para alcançar exclusivamente o sujeito que desrespeitou a autonomia da atividade desenvolvida por um centro de imputação dotado de patrimônio próprio. São, portanto, institutos completamente distintos quanto aos pressupostos e à forma de aplicação. Não obstante, geram o mesmo efeito prático. Assim, decretada a indisponibilidade torna-se desnecessário o recurso à desconsideração.

Mais complexa é a responsabilidade dos administradores de sociedade que não fazem parte do quadro societário. Sabe-se que as funções de sócio e de administrador são inconfundíveis. A elas correspondem direitos e obrigações distintos³⁴¹. Eventualmente um sócio pode *também* ser administrador, mas nada impede que a administração seja atribuída a terceiros. Por exemplo, profissional contratado para exercer essa função, como empregado da sociedade.

Em sua literalidade, o art. 50 do Código Civil dá a entender que a desconsideração poderia ser aplicada tanto em detrimento de sócios quanto de administradores. Mas a construção histórica do instituto desmente isso, pois a desconsideração alcança *somente os sócios*³⁴². Primeiro, porque há regime jurídico próprio definindo os direitos, deveres e responsabilidades do administrador³⁴³. Diante de regras específicas, não se aplica a teoria da desconsideração, dado seu caráter subsidiário. Mesmo porque o regime próprio dos administradores societários tende a considerar melhor as peculiaridades desta função.

³⁴¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de Advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 96. “A responsabilidade do administrador não se confunde com a do sócio. O administrador, como dito no início, não tem responsabilidade alguma pelos atos de gestão regular, mas responde pessoalmente pelos atos que praticar com excesso ou abuso de poder e pelos prejuízos que daí resultarem para a sociedade e para terceiros. Já a responsabilidade dos sócios para com as dívidas sociais, que será tratada adiante, não se confunde com a do administrador, é objetiva, decorre do tipo societário e independe de ato que possam ter praticado.”

³⁴² CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 265. “No sistema jurídico brasileiro, não é necessária a invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para, em execução contra a sociedade, atingir o patrimônio dos administradores. A rigor, todas as hipóteses ensejadoras da aplicação dessa teoria, explicitadas pela doutrina e pela jurisprudência, já se encontram contempladas em dispositivos legais expressos, como, por exemplo, os itens I e II do art. 158 da Lei das Sociedades por Ações [...]”

³⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.404. Brasília: 15.12.1976. “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

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

II - com violação da lei ou do estatuto.”

Tais normas se aplicam também às sociedades limitadas que optem pela regência supletiva da LSA. Não havendo esta opção, incidem as regras do Código Civil sobre administração societária.

Em segundo lugar, existe profunda diferença de fundamento entre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e as regras que disciplinam a conduta dos administradores societários. Enquanto aquela teoria engloba também componentes objetivos, como a confusão patrimonial e a subcapitalização, estas regras orientam-se pela ideia de culpa³⁴⁴, vedando a responsabilidade objetiva do administrador. Tanto que a *business judgment rule* incide justamente para protegê-lo nos casos em que o resultado de suas escolhas for prejudicial à sociedade, desde que ele tenha agido de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Em terceiro lugar, mesmo se o administrador atuar *ultra vires* ou com violação da lei sua responsabilidade será pessoal e direta, por força das normas específicas que regem a espécie. Todo o seu patrimônio pode ser atingido, sem necessidade de invocar a *disregard doctrine*.

Em suma, se o administrador é um terceiro não sócio, a ele não se aplica a desconsideração, mas o conjunto específico de regras que disciplina o exercício da função administrativa. Caso atue licitamente, de acordo com os poderes que lhe foram outorgados, não responde perante terceiros. Caso atue *ultra vires* ou com violação da lei, sua responsabilidade será pessoal e direta, por força de regras específicas. Apenas a quem *cumulou* as funções de sócio e administrador seria viável aplicar a desconsideração. A pesquisa empírica revelou que a jurisprudência nem sempre tem atentado para este ponto:

Insurge-se o agravante [nome suprimido] contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 1222/1223 e 1307/1309) que, nos autos da ação rescisória já em fase de cumprimento de acórdão (fls. 1046/1053 e 1142), desconsiderou a personalidade jurídica de empresa da qual alega ser apenas dirigente e determinou a penhora *on line* do valor exequendo em suas contas bancárias [...]. Sustentou, em suma, que *nunca foi sócio da pessoa jurídica e sim um de seus administradores*, bem como invocou a ausência de provas sobre a fraude, abuso de personalidade, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

[...]

³⁴⁴ Em sua tese de doutorado, Osmar Brina Corrêa Lima destacou que a culpa é um dos pilares da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima, na generalidade dos países de *civil law*, inclusive no Brasil: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. 155 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1987. Manuscrito.

A respeito da alegação do agravante no sentido de que não é sócio da pessoa jurídica, mas mero administrador ou dirigente, suficiente anotar a parte final do já mencionado artigo 50 do Código Civil: “(...) 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.”

Deste modo, cristalina a possibilidade legal de responsabilizar o patrimônio do administrador diante da desconsideração da personalidade jurídica³⁴⁵.

O julgado acima aplicou a desconsideração contra administrador que não era sócio. Neste caso, das duas uma: (i) ou não existe prova de ato *ultra vires* ou com violação da lei, caso em que o administrador não pode ser diretamente responsabilizado perante terceiros, devendo eventual pretensão ser exercida contra a sociedade; ou (ii) havendo prova desses requisitos emerge a responsabilidade pessoal e direta do administrador. O ponto fora destacado pelo revisor, no voto vencido:

[...] pelo meu modesto entender, o administrador, assim como o gerente, não tem seu patrimônio sujeito à execução de bens por dívida da empresa. Incide aqui a regra objetiva do art. 592 do CPC.

Não bastasse, o art. 50 do CC, quando se refere a “administradores ou sócios” da pessoa jurídica para fim de afetar seu patrimônio à solução da dívida da empresa despersonalizada, tem por objeto atingir somente a pessoa do sócio e seu patrimônio, ainda que não exerça ele cargo de administração da empresa.

[...]

Ou seja, o administrador de sociedade por cotas, que se equipara ao gerente, somente responderá com seu patrimônio caso seja, também, sócio. Mesmo porque, somente os sócios respondem pela empresa por cotas e pelos eventuais danos decorrentes da sua atividade. Ao contrário,

³⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 17ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 0013889-90.2001.8.26.0000, j. 24.08.2010, Rel. Desembargador Maia da Cunha. Trecho do voto do Relator.

o administrador ou gerente não responde pela empresa; responde, sim, perante os sócios da empresa³⁴⁶.

Conquanto mereça ressalvas, o voto do revisor soube diferenciar o *status* de administrador e o de sócio. A importância dessa distinção fica ainda mais clara ao analisar-se outro assunto rotineiro nos tribunais: a extinção irregular de sociedades, também chamada de “baixa de fato”. Ela ocorre quando a sociedade empresária, normalmente em dificuldade financeira, ao invés de pleitear a recuperação da empresa - ou em casos extremos requerer autofalência - opta por “fechar as portas”, sem formalizar sua extinção. Com isto, os credores ficam desamparados. Partindo da diferença entre o *status* de sócio e o de administrador conclui-se que a “baixa de fato” não deveria acarretar a desconsideração contra quem fosse exclusivamente administrador, sem participação no quadro societário. Isto porque ela configura caso típico de conduta ilícita do gestor, acarretando sua responsabilidade solidária³⁴⁷. Destarte, não haveria desconsideração, por ausência de seu terceiro e quinto pressupostos³⁴⁸.

Apenas seria correto aplicar a *disregard doctrine* contra administrador que também fosse sócio e contra os demais sócios que comprovadamente se utilizassem do poder de controle de maneira indevida. No entanto, a pesquisa empírica revelou o contrário. Inúmeros julgados³⁴⁹ aplicaram a desconsideração em caso de “baixa de fato”,

³⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 17ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 0013889-90.2001.8.26.0000, j. 24.08.2010, Rel. Desembargador Maia da Cunha. Trecho do voto do Revisor, Desembargador Erson T. Oliveira.

³⁴⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.”

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 6.404. Brasília: 15.12.1976. “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

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

II - com violação da lei ou do estatuto.”

³⁴⁸ No direito norte-americano, há quem sustente posicionamento distinto, recomendando reduzir as hipóteses de responsabilização dos administradores por atos *ultra vires*, entendendo que ela gera perda de eficiência econômica. Já no plano interno da companhia os administradores não deveriam ser legalmente responsabilizados porque existem fatores de estímulo a que exerçam corretamente sua função, como a possibilidade de perder o emprego, o temor de gerar prejuízos à sua reputação ou mesmo a redução de renda (participação nos lucros da empresa). Nesse sentido: PETRIN, Martin. The curious case of directors’ and officers’ liability for supervision and management: Exploring the intersection of Corporate and Tort Law. *American University Law Review*. Washington: Washington College of Law, n. 6, v. 59, p. 1661-1711, August. 2010.

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 17ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9134383-15.2007.8.26.0000, j. 20.09.2010, Rel. Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho. Trecho do Relator: “Dentro desta ordem de pensamento, o ‘fechamento de fato’ da sociedade empresária, com a cessação de suas atividades sem a correspondente baixa no registro do comércio, passou a ser visto como ato que pode permitir a aplicação da teoria da desconsideração. O entendimento correto é no sentido de que a sociedade

indistintamente contra todos os sócios e administradores não sócios³⁵⁰. E isto de maneira quase automática, a partir da simples prova de extinção irregular da sociedade, sem maiores considerações acerca da conduta de cada um.

Tal posicionamento vem ganhando força a partir de uma interpretação equivocada da súmula nº 435 do STJ³⁵¹. A leitura cuidadosa dos precedentes³⁵² que deram origem a esta súmula permite entrever que a intenção do Superior Tribunal de Justiça foi sinalizar que em caso de extinção irregular de sociedade pode ser atingido o patrimônio do “sócio-gerente” ou “gestor da empresa”³⁵³. Ou seja, daquele que deveria ter feito sua extinção pelas vias regulares. Assim, estas expressões devem ser compreendidas como abrangendo exclusivamente o administrador ou os sócios que detenham o poder de controle societário. A *contrario sensu*, não poderiam alcançar os minoritários, já que estes não se equiparam ao “gestor da empresa”. Quanto aos administradores, a rigor nem seria preciso invocar a regra especial do art. 135 do CTN, porque a extinção irregular da empresa já lhes impõe responsabilidade solidária.

empresária deve fazer a ‘baixa’ regular de sua inscrição na Junta, cessando formalmente suas atividades; alternativamente, se não tiver condições de efetuar tal ‘baixa’ (v.g., por ter dívidas em aberto), deve valer-se do art. 105 da Lei 11.101/05, a Lei de Recuperação e Falências, e requerer sua auto-falência [...]. Não se pode porém tolerar o ato de simplesmente, ‘desaparecer’ a sociedade empresária, sem qualquer atenção àqueles que são seus credores, permanecendo muitas vezes os sócios em situação econômico-financeira confortável.” No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado, AI. nº 0007648-66.2002.8.26.0000, j. 26.11.2002, Rel. Desembargador Sampaio Pontes; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 9ª Câmara Cível, AI. nº 9754008-32.2009.8.13.0079, j. 06.07.2010, Rel. Desembargador Tarcisio Martins Costa; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 13ª Câmara Cível, AI. nº 1817521-91.2003.8.13.0024, j. 19.11.2009, Rel. Desembargador Alberto Henrique.

³⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado, AI. nº 0015350-63.2002.8.26.0000, j. 11.12.2002, Rel. Desembargador Dyrceu Cintra. Trecho do voto do Relator: “A tese de que bens e direitos da sócia minoritária não podem ser atingidos não tem respaldo legal. A desconsideração da personalidade jurídica, em se tratando de sociedade de pessoas, atinge a todos os sócios indistintamente.” O seguinte caso é emblemático. Uma sociedade “A” foi dissolvida irregularmente. Seu sócio majoritário detinha 98% do capital social, sendo os 2% restantes pertencentes a seu pai. No mesmo local em que funcionava “A” foi constituída uma nova empresa, a sociedade “B”, cujo quadro societário trazia o mesmo majoritário de “A”, desta vez com 99% do capital, ao lado de sua esposa, com 1%. Em execução movida contra “A” o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desconsiderou a personalidade jurídica e atingiu indistintamente *todos* os sócios de “A” e “B”, inclusive os minoritários. O equívoco desta decisão está no fato de que os minoritários não poderiam ter abusado do poder de controle societário uma vez que nunca o detiveram. Apenas “emprestaram seu nome” para o registro das sociedades, em virtude de vínculo familiar com o majoritário: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível, AI. nº 70004233011, j. 25.06.2002, Rel. Desembargador Eduardo Uhlein.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, Súmula nº 435, j. 14.04.2010. “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, REsp. nº 716.412/PR, j. 12.09.2007, Rel. Ministro Herman Benjamin; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, REsp. nº 852.437/RS, j. 22.10.2008, Rel. Ministro Castro Meira; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. nº 738.502/SC, j. 18.10.2005, Rel. Ministro Luiz Fux.

³⁵³ Nomenclaturas utilizadas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se que *na ausência de regime legal específico* disciplinando a responsabilidade civil dos administradores é possível aplicar-lhes a *disregard doctrine*. Por exemplo, aos administradores de fundações e fundos de investimento³⁵⁴.

4.5 – Indefinição normativa quanto ao capital social mínimo no Brasil e transferência ilícita de riscos: estímulo subliminar à desconsideração da personalidade jurídica.

Capital social é o aporte de recursos feito pelos membros da sociedade a fim de que ela disponha do volume mínimo de bens necessário ao início de suas atividades³⁵⁵. Na medida em que estas atividades se desenvolverem, o valor de mercado da sociedade passará a ser influenciado mais pelo patrimônio líquido do que pelo capital social. Este, porém, continuará durante toda a vida societária desempenhando importantes funções. Uma delas, segundo a doutrina clássica, é a de quantificar a garantia mínima dos credores, assegurando que em caso de insucesso haverá sempre o valor previsto como capital social para ser repartido entre eles³⁵⁶. Por isto, somente seria lícita a distribuição de lucros quando o patrimônio líquido fosse superior ao capital social³⁵⁷. Do contrário, estar-se-ia esvaziando a garantia mínima dos credores ao transferir para o patrimônio pessoal dos sócios os valores que a representam.

Ocorre que esta função do capital social, para ser efetiva, pressupõe ao menos duas coisas: (i) que ele seja *constantemente atualizado*, sobretudo para aumentá-lo, caso a sociedade venha a ampliar suas atividades; e (ii) que desde o início seja *fixado proporcionalmente* ao porte da sociedade.

Na prática nenhum destes requisitos costuma ser observado no Brasil, o que motivou alguns doutrinadores a criticarem a função do capital social como garantia mínima dos credores, afirmando que seria uma garantia fictícia³⁵⁸. O primeiro requisito não é

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9123296-96.2006.8.26.0000, j. 01.08.2011, Rel. Desembargadora Cristina Zucchi.

³⁵⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 3. Item n.º 535.

³⁵⁶ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. 1. p. 122. “[O capital social consubstancia] a segurança de terceiros que, estranhos à sociedade, com ela transacionarem.”

³⁵⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 96.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 6.404. Brasília: 15.12.1976. Arts. 199 e 201.

BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. Arts. 1.009 e 1.059.

³⁵⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. t. 1. p. 126. “É difícil justificar a função de garantia do capital social num contexto normativo em que não existem regras de capitais máximos e mínimos, e em que não há

seguido porque a legislação brasileira não exige periódica atualização do valor nominal do capital social, quer para fins de correção monetária quer para mantê-lo proporcional ao porte da empresa, o que faz com que seu poder de garantia se deteriore ao longo do tempo. Já o segundo requisito não é cumprido porque a legislação brasileira, ao menos como regra³⁵⁹, não fixa valor mínimo para o capital social. Cabe aos fundadores da sociedade decidir, de acordo com sua conveniência, quais valores aportarão. Teoricamente, deveriam observar a relação de proporcionalidade entre estes valores e o porte da sociedade, bem como o tipo de atividade que ela irá desempenhar. Despiciendo dizer que, na prática, isto nem sempre ocorre, mesmo porque não existe qualquer fiscalização prévia do Poder Público. Como a fixação do valor nominal do capital social fica na dependência de um juízo subjetivo dos fundadores, o qual pode ser distorcido da realidade ou feito de má-fé, não há como pretender-se que o capital social seja, de fato, a garantia mínima dos credores.

Poder-se-ia objetar que não faria sentido a legislação prever capital mínimo, como regra geral, pelas seguintes razões: (i) o Brasil é um país de dimensões continentais e o capital necessário para o exercício de determinada atividade no interior do Acre pode não ser suficiente para desempenhar essa mesma atividade em São Paulo, capital, tendo em vista o custo de vida numa e noutra; (ii) a previsão de capital mínimo sem a obrigatoriedade de revisão periódica não lhe daria o *status* de garantia efetiva dos credores; (iii) se houvesse previsão de capital mínimo, isto não deveria ser feito em abstrato, fixando-se determinado valor para toda e qualquer atividade, pois cada uma demanda soma específica de recursos (o capital social de uma padaria pode não ser o mesmo de uma companhia aérea, por exemplo); (iv) por outro lado, a definição de capital mínimo por ramo de atividade traria o inconveniente de gerar extensa lista de setores do mercado, a qual sempre deixaria de contemplar algum deles, por mais que se almejasse a universalidade (vide as empresas que exploram novas tecnologias).

obrigatoriedade de capital novo nas hipóteses em que o valor nominal tornar-se menor que o patrimônio líquido, isto é, quando o passivo suplantar o valor do ativo.”

Igualmente: COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 22. “No Brasil, em vista da inexistência de regras quanto a capital máximo e mínimo e a ausência de fiscalização prévia quanto à correta fixação do valor do capital social em vista do objeto social, a função do capital social como garantia dos credores é, portanto, relativa, sendo o capital social utilizado como mera referência pelos credores.”

³⁵⁹ Diz-se como regra porque há determinados setores do mercado em que normas específicas trazem exigência de capital mínimo. Isto é mais frequente nos setores que captam poupança popular, como as instituições financeiras, administradoras de planos de previdência complementar, seguradoras, etc. Entretanto, como *regra geral do sistema* brasileiro não há exigência de capital mínimo.

Apesar desses obstáculos, inúmeros países³⁶⁰ trazem previsão de capital social mínimo, com muito sucesso. Na União Europeia, o Regulamento 2001/2157/CE, que trata da sociedade privada europeia - SE (tipo de sociedade transnacional, também denominado de *societas europaea*), exige capital mínimo de € 120.000,00 (cento e vinte mil euros), sem prejuízo de que cada Estado Membro possa fixar patamar mais elevado³⁶¹. Na Alemanha, o mínimo era de € 50.000,00 (cinquenta mil euros) para as sociedades anônimas e € 25.000,00 (vinte e cinco mil euros) para as limitadas, no ano de 2009³⁶². Na Itália, os valores são, respectivamente, de € 120.000,00 (cento e vinte mil euros) e € 10.000,00 (dez mil euros)³⁶³.

Nos países em que há definição de piso para o capital social, este atua de fato como garantia mínima dos credores. Além disso, desempenha outra importante função, que é a de quantificar o limite de responsabilidade patrimonial dos sócios por dívidas da sociedade³⁶⁴. Ou seja, partindo-se do pressuposto de que o capital social foi criado, desde o início, de maneira proporcional ao porte e às atividades sociais, por imposição do próprio legislador, a jurisprudência se torna mais propensa a enxergar nele o *limite além do qual os sócios não devem ser responsabilizados* (limite do risco pessoal dos sócios). Tal limite seria objetivo, fixado de maneira abstrata, imparcial e proporcional, além de ser facilmente conhecido pelos credores. Diversamente, quando não há previsão legal de capital mínimo, ficando sua definição a critério dos fundadores da pessoa jurídica, é mais difícil considerá-lo como limite para a responsabilização patrimonial dos sócios perante terceiros, pois este

³⁶⁰ CAÑIZARES, Felipe de Sola; AZTIRIA, Henrique. *Tratado de Sociedades de Responsabilidade Limitada*. apud TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TOZZINI, Syllas; BERGER, Renato. *Das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*: atualizado de acordo com o Novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 96. “As leis da Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Bolívia, Bulgária, Checoslováquia, Cuba, França, Honduras, Itália, Luxemburgo, México, Paraguai, Portugal, Suíça, Turquia, Uruguai fixam um capital mínimo. As leis da Bolívia, Espanha, França, Guatemala, Hungria, Luxemburgo exigem a integralização total das cotas subscritas no ato de constituição.”

³⁶¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:294:0001:0021:PT:PDF>>. Acesso em: 19.03.2012. “Artigo 4º. 1. O capital da SE é expresso em euros. 2. O capital subscrito deve ser de, pelo menos, 120 000 euros. 3. A legislação de um Estado-Membro que preveja um capital subscrito mais elevado para as sociedades que exerçam determinados tipos de actividade é aplicável às SE que tenham a sua sede nesse Estado-Membro.”

³⁶² Conforme informado por: COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 16.

³⁶³ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale: Diritto Delle Società*. 7. ed. Torino: Utet Giuridica, 2011. v. 2. p. 159;556.

³⁶⁴ COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 22. “[...] nas sociedades em que há responsabilidade limitada dos sócios ou acionistas ao valor de suas respectivas participações no capital social, o capital social funciona como a medida para a limitação de responsabilidade pessoal de cada um dos sócios [...]”

limite seria definido pelo próprio beneficiário, a seu bel prazer e sem qualquer fiscalização prévia do Poder Público.

Por estas razões, Herbert Wiedemann³⁶⁵ afirma que para haver limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios é indispensável que exista imposição legal de capital mínimo. Neste caso, se a sociedade vier a ruir, tornando-se insolvente em decorrência de causas naturais do mercado, sem qualquer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais, verificando-se possuir bens e direitos equivalentes ao valor do capital mínimo, os credores não poderiam se voltar contra os sócios, salvo em circunstâncias excepcionais. Há, destarte, *íntima relação entre a imposição normativa de capital mínimo, limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios pelas dívidas sociais e teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Presente aquela fixação, presume-se (*iuris tantum*) que o capital social é uma cifra razoável e suficiente para delimitar o risco do empreendedor, não podendo este ser demandado além das forças do capital, salvo ônus do credor de provar o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, a fixação legal de capital mínimo traz segurança jurídica para o empreendedor. O inverso, porém, lhe é extremamente prejudicial. Com efeito, na ausência de limites normativos para o capital social, também não há presunção relativa de que o risco do empreendedor é delimitado por uma determinada cifra. Ao contrário, a jurisprudência costuma partir do pressuposto de que havendo insucesso da empresa – mesmo se decorrente de causas naturais do mercado, sem qualquer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais – o sócio estaria utilizando a separação patrimonial como escudo para a exteriorização ilícita de riscos, em prejuízo de seus credores, notadamente os vulneráveis³⁶⁶. Nem se costuma verificar, no caso concreto, se o capital social seria o limite razoável para a responsabilidade dos sócios daquela determinada pessoa jurídica, de modo a objetivar o risco do empreendimento. Assim, inverte-se a lógica passando-se a considerar que a

³⁶⁵ WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht I*. Munique: Beck, 1980. “§ 7º, *Der Individualschutz*”. p. 357-403. *apud* COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 18.

³⁶⁶ COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 16-18. “Mister destacar que, no Brasil, dada a ausência de regras sobre capital máximo e mínimo (*Mindestkapital*), o princípio da intangibilidade do capital social não é ferramenta para a manutenção do ‘valor’ da empresa em si, pois o capital social tem valor meramente nominal, sem guardar consonância com a realidade, permitindo que muitas sociedades brasileiras adotem como valor do capital social estatutário cifra insignificante, muito menor do que o capital efetivamente investido na sociedade e necessário à realização do objeto social – estes são conhecidos artifícios contábeis ou negociais. [...] Há efetiva transferência do risco do negócio aos credores, o que viola a própria natureza da sociedade

sociedade insolvente presume-se também subcapitalizada³⁶⁷, sendo ônus do empreendedor demonstrar o contrário. Nestes casos, parte-se diretamente para a desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo sem pedido expresso do credor, tal como ocorre no Brasil.

Ou seja, ao invés de respeitar a separação patrimonial, a jurisprudência pátria transfere aos sócios responsabilidade muito superior à que estavam dispostos a assumir quando do ingresso na sociedade, como demonstrou a pesquisa empírica. A ferramenta utilizada para se operar esta transferência é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que deixa de ser aplicada na modalidade clássica para se tornar mera técnica de realocação de riscos, baseada em argumentos econômicos. Inicialmente, essa desconsideração contemporânea foi aplicada de maneira desmedida pela jurisprudência, já que seus pressupostos e limites ainda não estavam devidamente esclarecidos.

Os problemas quanto ao capital social mínimo no Brasil decorrem não apenas de omissão legislativa, mas também de conduta comissiva. A previsão de capital mínimo em leis especiais, destoando da regra geral do sistema, também pode causar efeitos colaterais, como na Lei nº 12.441/2011, que instituiu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. Como dito no Capítulo I, a EIRELI é criada a partir de declaração unilateral de vontade, semelhante ao ato praticado pelo instituidor de uma fundação. Ainda que a lei sugira tratar-se de sociedade unipessoal, sua natureza jurídica é de limitação de responsabilidade por mera separação patrimonial, sem a constituição de sociedade. A lei citada prevê que a EIRELI deve apresentar capital não inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país³⁶⁸. De início, já se pode objetar que o legislador não foi feliz ao optar pelo “maior salário mínimo vigente no país”. Melhor seria ter se referido ao salário mínimo nacionalmente unificado, porque este é o padrão conhecido como “salário mínimo” por todo o brasileiro, inclusive os de menor renda ou instrução, não importa onde viva ou trabalhe. Já o salário mínimo regional normalmente só é conhecido por quem vive nos Estados que o adotam, como é o caso de São Paulo, em cujo território o salário mínimo costumava ser superior ao piso nacional. Se a EIRELI visa a atrair o pequeno empreendedor ao mercado, seria mais simples adotar como referência o salário

perante terceiros como ente dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprio, bem como o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas [...].”

³⁶⁷ A respeito da subcapitalização societária, nas suas mais diversas formas, recomenda-se: DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização Societária: Financiamento e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁶⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

mínimo que todos conhecem, em qualquer canto do país. Na prática, pode ocorrer que o interessado em constituir EIRELI faça os cálculos do valor necessário com base no salário mínimo nacionalmente unificado, por ser este o valor corrente em sua cidade e, somente no ato de registro, ser surpreendido com a exigência de soma mais elevada, da qual não dispõe, pois calculada com base no “maior salário mínimo vigente no país”. Eventualmente, isto pode inviabilizar o registro da EIRELI. Portanto, a primeira objeção à Lei nº 12.441/2011 é quanto ao *critério de cálculo* do capital mínimo. Note-se, ainda, que existe ação em curso no STF³⁶⁹ questionando a constitucionalidade de se utilizar o salário mínimo como critério de cálculo para o capital mínimo da EIRELI. A opinião do autor é no sentido de que a vedação constitucional (art. 7º, IV da CF/88)³⁷⁰ é para o uso do salário mínimo como indexador *em prestações periódicas*, como vencimentos e subsídios, conforme já decidiu o Pretório Excelso em outras oportunidades³⁷¹, não alcançando soma fixada unicamente para a constituição de empresas. Tanto que há inúmeros atos administrativos válidos impondo capital mínimo para certos segmentos, como as instituições financeiras.

A segunda objeção diz respeito ao *valor desse capital mínimo*. Ora, se a regra do sistema é não exigir capital mínimo para a constituição das sociedades pluripessoais, mesmo para as sociedades anônimas de grande porte, permitindo que sejam registradas com o valor escolhido pelos fundadores, sem qualquer fiscalização prévia do Poder Público, não faz sentido exigir soma elevada para a constituição da EIRELI, que se destina justamente ao pequeno empresário. Não obstante, o legislador optou por fixar-lhe o piso de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Há nisto incongruência do sistema. Não bastasse, o valor mínimo previsto para a EIRELI é muito superior ao capital social ordinariamente adotado pela maior parte das sociedades limitadas do país. Consequentemente, o empreendedor disposto a registrar a EIRELI, caso não disponha de 100 salários mínimos, provavelmente optará por constituir sociedade pluripessoal fictícia, admitindo como sócio um “laranja” ou “testa de ferro”, possivelmente algum familiar com

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI. n.º 4.637/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes.

³⁷⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05.10.1988. “Art. 7º [...]”

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI. n.º 3.934/DF, j. 27.05.2009, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Trecho do voto do Relator: “O que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.”

ínfima participação no capital social, apenas para driblar essa exigência³⁷². Ou seja, o capital mínimo para a EIRELI, da forma como previsto em lei, pode conduzir a resultado prático contrário ao previsto, desestimulando o uso deste novo instituto, principalmente pelo pequeno investidor, além de incentivar a constituição de sociedades fictícias. Tudo a desaguar na superutilização da *disregard doctrine*.

A terceira crítica diz respeito ao *preconceito subliminar* que o legislador teve em relação à EIRELI. Contrastando-se a dispensa de capital mínimo vigente para as sociedades pluripessoais, inclusive para as companhias de grande, com a exigência de piso elevado para a EIRELI, percebe-se que o legislador teme que a empresa individual de responsabilidade limitada seja utilizada de maneira fraudulenta, como escudo para a exteriorização ilícita de riscos. Por isso lhe impôs elevado capital mínimo, a fim de resguardar seus credores. Cautela que historicamente não foi adotada com relação às sociedades. Ora, para atingir este escopo melhor seria fixar capital mínimo como regra geral do sistema, à semelhança do que já foi feito em outros países. A opção brasileira por impor tal exigência exclusivamente para a EIRELI e algumas atividades específicas, sem a correspondente regra geral no mesmo sentido, traz o recado subliminar de que a EIRELI precisa ser mais vigiada do que as sociedades pluripessoais, pois teria maior potencial fraudulento³⁷³.

4.6 – O (des)respeito aos postulados fundamentais do Processo Civil.

Inicialmente surgido como apêndice do direito material, ao longo de sua história o Direito Processual Civil realizou um movimento pendular. Primeiro, afastou-se do direito material, com o intuito de construir as premissas de sua autonomia científica, o

³⁷² O exagero na fixação do capital mínimo da EIRELI pela Lei nº 12.441/2011 já foi percebido pelo próprio legislador, tanto que existe projeto de lei para reduzir essa exigência a 50 salários mínimos: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.468. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Brasília: 04.10.2011. Exposição de Motivos: “Agora, com a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, seria de se esperar que os pequenos empreendimentos deixem de adotar a forma de sociedade limitada. Entretanto, na nova legislação há um forte incentivo para a pequena empresa continuar a adotar a forma de sociedade limitada.

Para constituir-se uma Eireli, há a exigência de que o capital social seja de cem salários mínimos, isto é, R\$ 54,5 mil em valores atuais [referia-se ao ano de 2011]. Este valor supera, em muito, o valor dos ativos empregados para a organização da maioria das pequenas empresas. Não é de se esperar, por exemplo, que o proprietário de um carrinho de cachorro quente empregue mais de cinquenta mil reais como capital social. O incentivo legislativo continua sendo voltado para a constituição de sociedades limitadas, em razão do fato de que não há exigência legal de valor mínimo para o capital social.”

³⁷³ Essa preocupação quanto ao uso fraudulento da limitação de responsabilidade do empresário individual não é exclusiva do Brasil. Logo que adotaram providência do tipo, outros países também tiveram esse receio: SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 169-170.

que redundou em formalismo e distanciamento da realidade³⁷⁴. Nas últimas décadas, passou a caminhar em sentido oposto, resgatando sua interseção com o direito material³⁷⁵. A desconsideração da personalidade jurídica insere-se nesta tendência de analisar conjuntamente direito material e processo³⁷⁶. Este enfoque do tema revelou a existência de situação dúplici. Há pontos em que as análises substancial e processual estão em sintonia, porém noutros a divergência é frontal. Ocorre posicionamento coincidente quanto: (i) à competência jurisdicional para julgar a demanda; (ii) a impossibilidade de desconsideração *ex officio*; e (iii) a necessidade de individualizar o sujeito que se pretende atingir com a desconsideração. Por outro lado, verifica-se divergência quanto: (i) à fase do processo em que pode ser determinada a desconsideração; e (ii) à (in)conveniência da desconsideração contemporânea. Cumpre, então, abordar resumidamente esses pontos.

Com relação à competência jurisdicional, as análises substanciais e do processo concordam que a cumulação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica com qualquer outro, por si só, não altera a competência, mesmo se ocorrer no curso do processo. Isto porque a competência é fixada no momento da propositura da demanda, não se alterando por circunstâncias supervenientes, como a inclusão no polo passivo de sócios com domicílio diverso da sociedade³⁷⁷. Exceção para os casos de competência absoluta, por exemplo, quando deferida a desconsideração contra empresa pública, acarretando a inclusão no processo de uma pessoa jurídica de direito público. Neste caso, o feito deverá ser remetido ao foro competente. Em se tratando da União, o processo deverá prosseguir na Justiça Federal, por força do art. 109, I da Constituição³⁷⁸. Caso seja incluído Estado Membro ou Município, havendo na localidade Vara Especializada da Fazenda Pública, a esta devem ser remetidos os autos.

³⁷⁴ Acerca dessa linha histórica, consulte-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. Livro I, Título I, Capítulo I.

³⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.259.020/SP, j. 09.08.2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Trecho do voto da Relatora: “Hoje, tanto na doutrina como na jurisprudência, está claro que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário.”

³⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

³⁷⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal. Brasília: 05.10.1988. “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Outro ponto de consenso diz respeito à ilegalidade da desconsideração *ex officio*. Com efeito, não pode o magistrado aplicar por vontade própria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem pedido expresso das partes ou de terceiro interessado, uma vez que essa teoria, em regra, incide em litígios cujo objeto são direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de renúncia pelo titular. Consequentemente, o magistrado não poderia substituir o juízo de conveniência e oportunidade do titular desse direito pelo seu entendimento pessoal. Do contrário, ter-se-ia o magistrado fazendo as vezes da parte, em afronta à autonomia privada³⁷⁹. Haveria, ainda, risco de perda da imparcialidade do julgador e violação do princípio dispositivo. Isto sem falar que a desconsideração de ofício traria para o processo litisconsorte passivo facultativo, o que não é autorizado, já que somente o litisconsórcio necessário pode ser decidido por iniciativa do juiz³⁸⁰.

Na prática, a pesquisa empírica revelou que existem vários casos de desconsideração *ex officio*, correspondentes a 12% do total de julgados. Tal postura é marcante na Justiça do Trabalho, de onde partiram mais de 91% das decisões desse tipo³⁸¹. Para tutelar o empregado, em razão de sua vulnerabilidade, interpreta-se o art. 878 da CLT³⁸² como se ele possibilitasse a desconsideração de ofício. Nisto há grande equívoco,

³⁷⁹ Humberto Theodoro Júnior externou sua preocupação quanto à política de se conferir poder aos magistrados para agir de ofício em situações nas quais isto possa comprometer a autonomia das partes: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição – Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.º 40, p. 64-78, jul. 2006. “Quando se pretende, sem maiores razões, colocar nas mãos do juiz o poder de deliberar *ex officio*, a respeito da prescrição em tema de direitos patrimoniais disponíveis, garantias e valores fundamentais tutelados pela Constituição são desprezados e, até mesmo, ofendidos, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.”

Em obra posterior, ele detalhou esse raciocínio: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁸⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 47. [...]”

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

³⁸¹ Exemplificando: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 42040-79.1997.5.06.0011, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Emmanoel Pereira. Trecho do voto do Relator: “A parte recorrente, alegando infringência aos princípios da imparcialidade, do devido processo legal, da legalidade, da publicidade, da propriedade/do contraditório e da ampla defesa, sustenta que houve violação do que determina a Corregedoria Geral do Colendo TST, no que tange ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica da executada e impugna o ato do Juízo *a quo* que, sem nenhum requerimento da parte exequente, determinou a penhora de bem.

[...] resta irrelevante o fato de o exeqüente, mediante a petição de fls. 424/425, ter solicitado a constrição de bem imóvel diverso do que foi penhorado, eis que a execução, nesta Justiça especializada, pode ser promovida de ofício pelo julgador, na forma do art. 878, *caput*, da CLT.”

³⁸² BRASIL. Congresso Nacional. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: 01.05.1943. “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.”

pois o que se permite é *iniciar de ofício a execução de título judicial*³⁸³. Obviamente, contra quem foi parte da fase de conhecimento e restou condenado no respectivo título. Não há qualquer menção à possibilidade de o magistrado, por iniciativa própria, executar pessoa diversa da que figura na decisão condenatória (por exemplo, executar contra os sócios sentença proferida contra a sociedade). O poder geral de cautela não autoriza isto³⁸⁴. Portanto, há na Justiça do Trabalho profundo desvio conceitual quanto ao modo como deve ser utilizada a desconconsideração da personalidade jurídica. Este desvio é um dos principais responsáveis pela superutilização do instituto.

Mais um ponto de consenso entre os enfoques substancial e processual refere-se à necessidade de individualizar o sujeito que se pretende atingir com a desconconsideração. Sob o enfoque material, já foi destacado que esta teoria incide em função do poder de controle societário, para atingir o sócio que era titular desse poder e efetivamente agiu em desrespeito à autonomia da atividade societária. Esse raciocínio encontra correspondência no plano processual, pois o Brasil adota a teoria da substanciação da demanda, pela qual é obrigatório narrar os fatos em que se fundamenta o pedido, não bastando apontar o dispositivo legal pertinente³⁸⁵. Assim, o pedido de desconconsideração deve ser certo e determinado, indicando com clareza não apenas as razões pelas quais se entende cabível a incidência desta teoria como também quem se pretende atingir com ela, além do valor a ser cobrado³⁸⁶. Em suma, tanto a análise substancial quanto a processual rechaçam pedidos de desconconsideração genéricos, dirigidos indistintamente contra todos os sócios, sem individualizar a conduta de cada um deles. Ocorre que também este aspecto não tem sido devidamente observado pela jurisprudência.

Já com relação à fase do processo em que pode ser determinada a desconconsideração as análises substanciais e processuais chegam à conclusão oposta. Enquanto a primeira não vislumbra maiores problemas em que isto se perfaça

³⁸³ PARENTONI, Leonardo Netto. Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n.º 193, p. 281-318, mar. 2011. p. 297-314.

³⁸⁴ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 166. “Também não se pode admitir a aplicação *ex officio* da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica a partir do uso do poder geral de cautela por parte do magistrado. Isto porque essa teoria é destinada a situações de natureza processual, transitórias por excelência, e não se presta a autorizar ao juiz praticar atos de execução já ao ensejo do cumprimento da sentença [...]”

³⁸⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 282. A petição inicial indicará:

[...]

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;”

exclusivamente na fase executiva, chegando a recomendá-lo³⁸⁷, entre os processualistas nota-se grande controvérsia, com aparente predomínio da posição oposta, que sustenta somente ser possível a desconsideração em processo de conhecimento, assegurado amplo contraditório³⁸⁸. Argumentam que o sujeito cujo patrimônio é atingido pela desconsideração torna-se parte do processo, devendo ser-lhe asseguradas todas as prerrogativas e garantias facultadas a qualquer devedor, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Sendo obrigado direito (*Schuld* ou *debitum*) e não mero responsável patrimonial (*Haftung* ou *obligatio*), fica vedada sua inclusão apenas na fase executiva. Tanto que tramitam no Congresso Nacional projetos de lei justamente para tornar – ainda mais – clara a obrigatoriedade de contraditório em processo de conhecimento, *antes* de aplicar a desconsideração³⁸⁹. Também não convence o argumento de que assegurar prévio contraditório favoreceria manobras ilícitas tendentes a ocultar ou dilapidar o patrimônio do devedor. Isto pode ser perfeitamente evitado pelo uso de medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, até que se instrua devidamente o feito³⁹⁰.

A posição do autor está em sintonia com os processualistas, no sentido de que a *disregard doctrine* deve se aplicada em *processo de conhecimento*, assegurado amplo contraditório. Curiosamente, a pesquisa empírica identificou o contrário: as decisões que exigem processo de conhecimento são minoria³⁹¹. Predomina na jurisprudência a

³⁸⁶ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 92.

³⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238. “[...] a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo. [...] No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora, ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade (art. 94, inc. II, da Lei 10.101, de 9.2.2005), o credor *pode e deve* [...] pedir diretamente a penhora em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa).”

³⁸⁸ Assim entendem, por exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4. p. 78-81; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10-14.

Admitindo a desconsideração apenas na fase executiva: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2. p. 1197-1198.

³⁸⁹ Por exemplo: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.401. Autor: Deputado Bruno Araújo. Brasília: 13.05.2008.

³⁹⁰ Indo além, Ada Pellegrini sustenta que se a conduta que deu causa à desconsideração ocorrer *antes* do ajuizamento da demanda, a ação deve ser proposta apenas contra o sócio que desrespeitou a autonomia de esferas decisórias ou patrimoniais. Se for praticada *após* o ajuizamento da ação, a sociedade e os sócios seriam litisconsortes, cada qual com responsabilidade direta: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 130

³⁹¹ Confira-se, por todos: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 14ª Câmara Cível, AI. n.º 5958101-74.2001.8.13.0024, j. 13.05.2010, Rel. Desembargador Antônio de Pádua. Ementa: “Para ser reconhecida a

autorização para desconsiderar a personalidade jurídica apenas na fase executiva, o que ocorreu em 94% dos casos³⁹². Exemplo é o seguinte aresto:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Precedentes³⁹³.

Esse posicionamento é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, que admite a desconsideração no curso da fase executiva³⁹⁴. Importante pontuar uma sutil diferença. Não se está defendendo que a desconsideração requeira ação autônoma, sendo o único pedido deduzido em Juízo. Pelo contrário, ela pode ser perfeitamente cumulada com outros pedidos, numa mesma demanda. O que se sustenta é que ela não pode ser *decidida* apenas na fase executiva dos processos, sob pena de cerceamento de defesa. Nada impede que ao pedido de desconsideração sejam cumulados outros, desde que apreciados na fase de conhecimento. Destarte, não se questiona a jurisprudência dominante quanto à dispensa de ação autônoma para declarar a ineficácia da separação patrimonial. O que não se admite é decidir a respeito na fase executiva dos processos.

Ademais, a *disregard doctrine* aplicada durante a execução acarreta dúvidas e problemas que ainda não foram devidamente dimensionados pela jurisprudência. Por exemplo, qual é o instrumento processual correto para manejar a defesa do sujeito cujo

exceção prevista no art. 50, do novo CC, necessário um processo de conhecimento, onde se dê à parte o direito de produzir ampla defesa, sob pena de deixar de ser observado o devido processo legal.”;

³⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR. n.º 199940-37.2004.5.23.0002, j. 09.12.2009, Rel. Ministro Fernando Eizo Ono; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR. n.º 137140-92.2003.5.02.0001, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Milton de Moura França; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0051627-78.2002.8.26.0000, j. 27.11.2002, Rel. Desembargador Álvaro Torres Júnior; BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível, AI. n.º 1273464-36.2008.8.13.0035, j. 28.05.2009, Rel. Desembargador Maurílio Gabriel.

³⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 6ª Câmara Cível, AI. n.º 0003636-67.2003.8.19.0000, j. 12.12.2003, Rel. Desembargador Maldonado de Carvalho. Trecho do voto do Relator.

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 1.071.643/DF, j. 02.04.2009, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Trecho da ementa: “[...] 6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria [...]”.

Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 331.478/RJ, j. 24.10.2006, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 1.180.191/RJ, j. 05.04.2011, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

patrimônio será atingido: impugnação do devedor ou embargos de terceiro? Lembrando que eles possuem hipóteses de cabimento e prazos diversos, bem como âmbito de abrangência distinto quanto às matérias passíveis de serem alegadas. Por exemplo, a qualidade de responsável pode ser discutida nos embargos de terceiro, mas não em sede impugnação, pois nesta presume-se já ter sido previamente fixada a responsabilidade do devedor. A posição do autor é a de que se o sujeito atingido pela *disregard doctrine* não foi parte da demanda originariamente ajuizada pelo credor, até que seja formalmente chamado a integrar o feito será considerado como *terceiro*. Assim, apenas após citado ou intimado é que se tornará parte em sentido estrito³⁹⁵. Consequentemente, *antes* dessa comunicação formal ele poderá ingressar no feito como assistente, e daí em diante se defender pelos meios regulares, caso ainda esteja em curso a fase cognitiva, ou opor embargos de terceiro para prevenir ou afastar ato de constrição a seu patrimônio. *Após* ter sido chamado a integrar o processo, caso isto tenha ocorrido ainda na fase cognitiva, igualmente poderá se defender pelas vias regulares. No entanto, se já em curso a fase executiva, deverá resistir utilizando a impugnação do art. 475-L do CPC (em caso de título executivo judicial) ou os embargos do devedor do art. 745 (em caso de título extrajudicial)³⁹⁶. Em ambas as hipóteses, há que se atentar para algumas peculiaridades, as quais passaram despercebidas pela jurisprudência dominante.

Em primeiro lugar, o sujeito cujo patrimônio foi atingido em decorrência da desconsideração decidida na fase executiva poderá alegar todas as matérias de defesa passíveis de serem trazidas em contestação, não apenas as previstas no restritivo rol dos arts. 475-L e 745 do CPC. Do contrário, haveria ofensa ao contraditório e à ampla defesa, porque este sujeito não teria como se defender com a mesma amplitude conferida aos réus que participaram do processo desde o início³⁹⁷. Não por culpa dele, mas por omissão do credor, que deixou de incluí-lo no polo passivo. Sem falar que o sujeito atingido pela

³⁹⁵ Do mesmo sentir: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 89.

³⁹⁶ Isto, evidentemente, sem prejuízo da exceção de pré-executividade e dos meios autônomos de impugnação de decisões judiciais, como a ação rescisória.

³⁹⁷ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 173. “Essa limitação imposta pela lei não pode ser aplicada àquele que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica. Fere o *landmark* da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa limitar o conteúdo da defesa de alguém que nunca participou do processo antes e não teve sequer chance de impor seus argumentos à cognição do Poder Judiciário.”

desconsideração na fase executiva não é alcançado pela coisa julgada que se formou na fase de conhecimento³⁹⁸.

Em segundo lugar, este sujeito assume o processo em condições piores do que as oferecidas ao devedor originário. Mesmo não tendo participado do processo de conhecimento e não tendo resistido à pretensão do credor, ainda assim pode receber a dívida acrescida de multa, se a desconsideração ocorrer após o prazo do 475-J do CPC³⁹⁹. Neste caso, o sujeito seria apenado com o pagamento de multa a que não deu causa⁴⁰⁰. Para evitar isso, sempre que a desconsideração for decidida durante a fase de execução, quem for atingido deve ter o mesmo prazo que fora assegurado ao réu originário para pagar a dívida sem multa. Outro problema da jurisprudência majoritária é atingir quem não consta do título executivo, comprometendo a validade do ato, por representar *nulla executio sine titulo*⁴⁰¹.

Por todas estas razões considera-se tecnicamente equivocado aplicar a desconsideração durante a fase executiva do processo. *Isto vale tanto para a modalidade clássica quanto para a desconsideração contemporânea*, pois é possível proteger

³⁹⁸ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do IASP*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 12, n.º 23, p. 233-246, jan./jun. 2009. p. 237. “[...] o meio de defesa a ser concedido aos sócios, seja ele qual for, não pode limitar os argumentos de defesa que esses sócios podem possuir, porque, conforme já visto, em relação a eles não há formação de coisa julgada, motivo pelo qual não há sentido algum em limitar a cognição do juiz em situações assim, em que terceiros comparecem pela primeira vez ao processo. Se isso ocorrer, não há dúvida de que restarão violadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa a que esses terceiros fazem jus.”

³⁹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

Sobre o termo inicial dessa multa o STJ pacificou que ela se aplica após o trânsito em julgado, com baixa dos autos ao Juízo de origem e intimação do advogado do executado para cumprimento da decisão judicial: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, REsp. n.º 940.274/MS, j. 07.04.2010, Rel. originário Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha.

⁴⁰⁰ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 220-222. “[...] se optar pela impugnação sem pagamento prévio e sem efeito suspensivo, ainda receberá uma dívida superior àquela originalmente exigida contra o devedor, posto que a ela será agregado o valor da multa acima citada, o que é, inequivocamente, iníquo.”

⁴⁰¹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do IASP*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 12, n.º 23, p. 233-246, jan./jun. 2009. p. 239. “[...] Só há sentido em primeiro penhorar para depois permitir a defesa do executado quando houver título executivo legitimando esse procedimento, porque, nesse caso, ‘o juiz prescinde de qualquer investigação acerca da existência do crédito e invade desde logo o patrimônio do executado’.

Esse pensamento não vale para as hipóteses de desconsideração conhecidas pelo sistema processual civil brasileiro, porque não há título executivo contra os sócios, ou contra a pessoa jurídica [em caso de desconsideração inversa].”

satisfatoriamente os credores vulneráveis sem que para isto seja preciso causar tamanha celeuma processual.

Algumas posições isoladas também evidenciam o descompasso entre a análise doutrinária do tema nos planos processual e substancial. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, por exemplo, afirma que quando a desconsideração se baseia na confusão patrimonial o negócio jurídico seria válido, porém ineficaz⁴⁰². Consequentemente, tal vício poderia ser arguido por simples petição e julgado por decisão interlocutória, de maneira semelhante ao que ocorre na fraude à execução⁴⁰³. Por outro lado, quando a desconsideração se baseasse no abuso da personalidade jurídica, o negócio seria anulável, como na fraude contra credores⁴⁰⁴, exigindo ação própria, uma vez que a anulabilidade deve ser pronunciada por sentença⁴⁰⁵. O problema deste raciocínio é não estar em sintonia com a mais recente doutrina processual, a qual prega que tanto a fraude contra credores quanto a fraude à execução geram ineficácia⁴⁰⁶. O elemento subjetivo consistente na intenção de fraudar também seria comum a ambas, já que os processualistas vêm exigindo sua presença mesmo na fraude à execução, como forma de evitar sanções a quem alienou bens após a citação sem intuito fraudulento e sem ter se tornado insolvente⁴⁰⁷. Assim, nenhum dos critérios distintivos propostos por Paulo Fernando se justifica.

Para concluir este tópico falta analisar três temas: (i) a desconsideração implementada em execução de títulos extrajudiciais; (ii) a desconsideração *per saltum*; e (iii) o tratamento do tema no Projeto de Novo Código de Processo Civil.

Na Itália, há quem sustente a progressiva relativização da *nulla executio sine titulo*, a fim de conferir melhor tutela ao sistema creditício, agilizando a cobrança de dívidas: ANDOLINA, Italo. *Congnizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 65-73.

⁴⁰² TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n.º 134, p. 222-233, abr./jun. 2004. p. 224-226.

⁴⁰³ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Brasília: 11.01.1973. “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.”

⁴⁰⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

⁴⁰⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002. “Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

⁴⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n.º 102, p. 68-88, abr./jun. 2001. p. 76-79.

⁴⁰⁷ Op. cit. p. 79-82.

Nos casos em que o título executivo é constituído extrajudicialmente pelo credor não se aplicam as ressalvas acima, pois não existindo prévio processo de conhecimento, toda a defesa necessariamente se processa por meio dos embargos, de modo que não haveria cerceamento de defesa nem imposição ao sujeito desconsiderado de gravame maior do que o cobrado do devedor originário. No caso das execuções fiscais, tendo em vista as prerrogativas da Fazenda Pública, se o sujeito atingido pela desconsideração já constar do título executivo, a presunção de legitimidade inerente a tal título inverte o ônus da prova de modo que compete a este sujeito (normalmente o sócio ou administrador) demonstrar a inocorrência das situações previstas no art. 135 do CTN⁴⁰⁸. Por outro lado, se o seu nome não constar do título executivo, incumbe ao Fisco demonstrar o cabimento da desconsideração. Esta postura jurisprudencial, que conta com o beneplácito do STJ⁴⁰⁹, merece críticas porque possibilita uma desconsideração automática, por iniciativa do credor, a quem bastaria incluir o nome dos sócios no título executivo para atingir seu patrimônio pessoal. Subliminarmente, presume-se a má-fé do devedor em face da Fazenda Pública. Melhor seria que a inclusão de terceiros na CDA fosse sempre acompanhada de prova dos requisitos do art. 135 do CTN.

O penúltimo assunto deste tópico é a desconsideração *per saltum*. Com efeito, pode ocorrer de numa demanda contra a sociedade “A”, cujo sócio majoritário titular do poder de controle é “B”, que o credor saiba, de antemão, que o patrimônio de “A” será insuficiente para o adimplemento de seu crédito. Assim, poderia desde logo requerer a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar também “B”. Imagine-se, porém, que tal credor soubesse que também “B” não possui patrimônio suficiente, tendo “C” como sócio majoritário. Poderia o credor, desde logo, requerer a declaração de ineficácia da separação patrimonial tanto de “B” quanto de “C” (desconsideração *per saltum*)?

⁴⁰⁸ Confira-se, por todos: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câmara Cível, AI. n.º 1.0056.02.025244-3/001, j. 23.03.2010, Rel. Desembargador Armando Freire. Ementa: “Sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar infração a lei, contrato social ou estatuto para que promova o redirecionamento da execução contra o sócio, pois, em regra, ele não responde, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da sociedade, em caso de simples inadimplemento da pessoa jurídica. Contudo, figurando o nome do sócio na CDA, que goza da presunção de certeza e liquidez, a hipótese não é mais de típico redirecionamento, e o ônus de comprovar que não praticou qualquer infração à lei, contrato social ou estatuto transfere-se a ele.”

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 718.541/RS, j. 19.04.2005, Rel. Ministra Eliana Calmon; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 573.849/PR, j. 26.09.2006, Rel. Ministro João Otávio de Noronha; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 769.152/RS, j. 24.10.2006, Rel. Ministro João Otávio de Noronha.

Assim também o posicionamento mais recente do STJ, conforme: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg. no REsp. n.º 1.279.422/SP, j. 13.03.2012, Rel. Ministro Humberto Martins.

O tema ainda é pouco debatido, mas já existem posicionamentos doutrinários a favor da desconsideração *per saltum*⁴¹⁰. Na jurisprudência, por outro lado, a postura é cautelosa, exigindo que primeiro se consume uma desconsideração, verificando-se a insuficiência patrimonial do sujeito por ela atingido, para somente então partir para a segunda⁴¹¹. Assim, a jurisprudência admite desconsiderações sucessivas, mas não *per saltum*. O posicionamento do autor é no sentido de que havendo prova prévia dos pressupostos da *disregard doctrine*, contra cada um dos centros autônomos de imputação que se pretende atingir (não necessariamente baseada no mesmo fato), é possível valer-se da desconsideração *per saltum*.

Por fim, cumpre tratar da desconsideração no Projeto de Novo CPC. Ao tempo em que redigido este texto⁴¹², o legislador tratava do tema no Título IV, que cuidava das partes e de seus procuradores, dedicando-lhe o Capítulo II, rotulado de “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, composto de quatro artigos. O principal deles com a seguinte redação:

Art. 62. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber

⁴¹⁰ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 51-52.

⁴¹¹ No seguinte caso foi requerida a desconsideração para atingir o sócio “B” de uma sociedade empresária “A” e, em sequência, a desconsideração inversa contra este sócio, para atingir a sociedade “C”, da qual ele também fazia parte. Mesmo havendo prova prévia da insuficiência patrimonial de “A” e “B” o tribunal indeferiu o pedido de constrição contra “C”: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0052989-37.2010.8.26.0000, j. 27.05.2010, Rel. Desembargador Vieira de Moraes.

⁴¹² Destaque-se que o Projeto de Novo Código de Processo Civil estava em tramitação no Congresso Nacional. Assim, pode ocorrer eventual descompasso entre a redação mencionada neste estudo e aquela que vier a ser aprovada.

intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica⁴¹³.

De início, notam-se semelhanças entre a redação do Projeto e o texto do art. 50 do Código Civil. Primeiro, a utilização do “abuso da personalidade jurídica” como núcleo do instituto, ponto que já foi debatido ao longo deste trabalho. Enquanto o art. 50 exemplifica no que consiste esse abuso, fazendo alusão a “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, o Projeto limita-se a afirmar que será “caracterizado na forma da lei”, o que já era esperado, pois se trata de norma procedimental. Em segundo lugar, o Projeto proíbe a desconsideração *ex officio*, já que exige “requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Isto *tanto para a desconsideração clássica quanto para a contemporânea*.

Outra semelhança consiste em associar as consequências da desconsideração ao plano da eficácia, afirmando que sua incidência faz com que “os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.” Já foi dito, por ocasião da análise do art. 50 do Código Civil, que esta redação é um dos fundamentos adotados para concluir que o sujeito atingido é obrigado direto e não mero responsável patrimonial. Também já se questionou a aplicação desta teoria contra administradores societários, crítica que se aplica ao Projeto do Novo CPC.

Em resumo, numa análise perfunctória é possível enquadrar esse novo dispositivo processual dentre as hipóteses de desconsideração clássica, cujos pressupostos já foram delineados⁴¹⁴.

O que causa desconforto é a previsão de que a *disregard* pode ser aplicada “em qualquer processo ou procedimento”. Se, por um lado, ela confirma o correto posicionamento da jurisprudência dominante no sentido de que esta teoria dispensa ação autônoma, por outro, se lido sem maiores ressalvas tal trecho conduz à equivocada

⁴¹³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166. Autor: Senador Valter Pereira. Brasília: 30.04.2010.

⁴¹⁴ Um dos membros da comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo CPC, falando a respeito, deixou clara ser esta a intenção do novo Código: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. É preciso conciliar o tempo e a segurança do resultado nos processos judiciais. *Entrevista concedida ao informativo eletrônico espaço Jurídico BM&F BOVESPA*. São Paulo, 09.08.2010. “Há a percepção de que está havendo certo abuso no uso desse procedimento. Pelo simples fato de o executado ser uma empresa e esta não ter bens para penhora, automaticamente se determina a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente penhora dos bens dos sócios da empresa. Isso não é correto. A empresa pode não ter bens e os sócios não

conclusão de que o legislador do Novo CPC é conivente com sua incidência exclusivamente na fase executiva. Este ponto já foi objeto de críticas, por suprimir várias garantias do jurisdicionado. Porém, lendo-se o art. 62 do Projeto juntamente com os arts. 64⁴¹⁵ e 65⁴¹⁶ percebe-se que a intenção do legislador foi instituir *contraditório prévio à desconsideração*, com prazo de 15 dias para manifestação e especificação de provas. Somente após eventual instrução poderá ser julgado o incidente. Portanto, a leitura atenta das novas disposições permite inferir que o Projeto de Novo CPC está em sintonia com as posições sustentadas nesta pesquisa.

terem contribuído dolosamente, intencionalmente, para essa situação. Daí ser necessária uma investigação prévia para saber as razões que levaram a empresa a essa situação.”

⁴¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166. Autor: Senador Valter Pereira. Brasília: 30.04.2010. “Art. 64. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.”

⁴¹⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166. Autor: Senador Valter Pereira. Brasília: 30.04.2010. “Art. 65. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.”

CAPÍTULO V

DA DESCONSIDERAÇÃO CLÁSSICA À DESCONSIDERAÇÃO CONTEMPORÂNEA: COMPREENDÊ-LA PARA BEM APLICÁ-LA

Partindo de uma liberdade ilimitada chega-se a um despotismo sem limites. (Fiodor Dostoiévski)

5.1 – Possíveis efeitos colaterais da desconsideração contemporânea.

Hoje se assiste a uma variante da clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta nova modalidade é fruto de evolução histórica do instituto no contexto brasileiro. Ela costuma ser chamada de desconsideração atributiva⁴¹⁷ ou teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica⁴¹⁸, tanto na doutrina como na jurisprudência⁴¹⁹. Neste estudo, porém, opta-se pelo termo *desconsideração contemporânea*, por considerá-lo mais correto. Primeiro, porque afasta o preconceito de rotular esta nova modalidade como “menor”, pois a pesquisa empírica revelou que ela é significativa. Segundo, porque o termo escolhido destaca seu traço marcante, que é ser fruto da evolução histórica do nosso Direito. Outros países também utilizam termos próprios, como *statutory disregard*⁴²⁰ nos Estados Unidos ou *Haftungsdurchgriff*⁴²¹ na Alemanha.

⁴¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 460. “Com essa expressão [desconsideração atributiva] procura-se traduzir o mais fielmente possível a aplicação da teoria da desconsideração de modo a permitir a aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador.”

⁴¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 35.

⁴¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.200.850/SP, j. 04.11.2010, Rel. Ministro Massami Uyeda. Trecho do voto do Relator: “[...] o artigo 50 do Código Civil encerra, em sua redação, a chamada *Teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica*. Vale dizer, a responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (*Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica*).”

⁴²⁰ THOMPSON, Robert B. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, July. 1991. p. 21. “Indeed, the key element for courts to recognize [piercing the veil] in statutory cases is that the legislature has changed the corporate law presumption of limited liability. The focus should not be on the traditional factors for piercing the veil in a bargain setting, but on the extent to which a specific statutory scheme either permits or limits a corporate insider’s ability to allocate liability or gain a benefit by forming a corporation.”

⁴²¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 164.

Ocorre que o progressivo distanciamento das feições clássicas fez com que a desconsideração contemporânea fosse aplicada com exagero, em hipóteses nas quais tecnicamente não seria cabível. Talvez pela falta de pressupostos complementares, ainda em construção, capazes de lhe demarcar o alcance e limites. Portanto, *é preciso compreendê-la para melhor aplicá-la*, evitando a superutilização. Em termos estatísticos, esta nova modalidade é deveras relevante. Ela *chegou a ser majoritária na pesquisa entre 2002 e 2009*, tendo neste último ano atingido 51% dos casos:

Dos julgados que aplicaram a desconsideração, na soma dos três anos pesquisados, 7% se basearam no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, 37% no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e 1% na Lei nº 9.605/1998. Consequentemente, *a modalidade contemporânea representou 45% do total de casos*. Hoje, portanto, a desconsideração clássica, ancorada em sólidos pressupostos históricos, não é mais a única modalidade encontrada na jurisprudência. Nem é mais amplamente majoritária. Com ela convive a modalidade contemporânea, que ganhou espaço nas últimas décadas.

O traço comum dessas novas decisões é dispensar a prova dos pressupostos históricos da desconsideração da personalidade jurídica. Numa ponderação de valores, entre preservar a limitação de responsabilidade ou afastá-la diante de determinados interesses (como o da parte vulnerável), o legislador expressamente se vinculou a esta última opção. O raciocínio econômico (juízo de eficiência ou ineficiência da limitação de

responsabilidade) é fortemente utilizado. As decisões enfatizam, principalmente, a necessidade de se evitar que o risco decorrente da atividade empresarial seja indevidamente transferido a sujeitos vulneráveis, como empregados ou consumidores (externalização ilícita de riscos), visam a punir o empresário que usufruiu da limitação de responsabilidade sem respeitar seus condicionantes (*free rider*) ou simplesmente concluem que a limitação de responsabilidade, se respeitada no caso concreto, não seria a solução mais eficiente (juízo de eficiência econômica). Consequentemente, estes julgados optaram por declarar ineficaz a limitação de responsabilidade, mesmo na ausência de prova acerca de um ou de alguns pressupostos clássicos. Ocorre que em sua maioria eles deixaram de sopesar os efeitos colaterais da desconsideração contemporânea, alguns dos quais extremamente perigosos, pois comprometem as funções da responsabilidade limitada, causam insegurança no mercado e, eventualmente, prejudicam os próprios sujeitos vulneráveis que se intenta proteger. Para combater esses exageros *é preciso verificar em que medida os pressupostos da desconsideração clássica permanecem aplicáveis à modalidade contemporânea, bem como traçar-lhe marcos complementares, a fim de delimitar seu alcance e resgatar o equilíbrio entre a limitação de responsabilidade, como regra do sistema, e o seu afastamento diante de determinados objetivos propostos pelo legislador*. É a esta difícil tarefa que se dedica o presente capítulo.

A justificação teórica da desconsideração atributiva provém do Direito alemão, ao questionar as assertivas da Escola de Chicago⁴²². Uma destas assertivas é a de que a limitação de responsabilidade é a regra do mercado, a ser garantida pelo sistema jurídico. Apenas em situações excepcionais poderia ser afastada. Por exemplo, diante de fraude, confusão patrimonial ou subcapitalização. A razão disto é que ao contratar com a sociedade os credores já incluem no preço dos produtos ou serviços determinado sobrevalor, correspondente ao risco de inadimplemento da sociedade, por saberem que não poderão cobrar a dívida dos sócios. Neste contexto, a desconsideração da personalidade jurídica teria incidência deveras restrita, sendo cabível apenas na modalidade clássica, para não desvirtuar a equação econômico-financeira dos negócios mercantis.

Os adeptos da desconsideração atributiva então identificaram uma falha no raciocínio da Escola de Chicago. A livre convenção de riscos somente seria possível num ambiente de concorrência perfeita. Ocorre que o mercado real não é assim. Alguns credores ficariam desamparados, tendo em vista sua situação de inferioridade em relação à

⁴²² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 469-493.

outra parte do contrato, como ocorria com empregados e consumidores. Para proteger a parte vulnerável, o legislador impôs uma distribuição diferenciada de riscos, proibindo que os prejuízos decorrentes do insucesso empresarial fossem transferidos ao sujeito vulnerável. Por meio do método da análise econômica do Direito criou-se uma nova espécie de desconsideração da personalidade jurídica, guiada não mais pelos pressupostos clássicos, mas por argumentos de ordem econômica. Surge, então, a *desconsideração atributiva*, cujo nome deriva do fato de atribuir ou redistribuir os riscos do negócio da forma como desejado pelo legislador, evitando que sobrecarreguem a parte vulnerável.

Esse raciocínio transpôs fronteiras e chegou ao Brasil, tendo sido definitivamente consagrado em paradigmática decisão do STJ, ainda hoje seguida como precedente:

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração.

A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

[...]

A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica⁴²³.

A leitura do trecho citado deixa nítido que a fundamentação econômica, consistente na necessidade de evitar a exteriorização de riscos em detrimento de sujeitos

vulneráveis (no caso concreto, em detrimento de consumidores vitimados pela explosão de *shopping center* em Osasco-SP), foi tida como suficiente para desencadear a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo sem prova de qualquer dos pressupostos da teoria clássica. Aliás, o voto deixa claro que incide a desconsideração mesmo se no caso concreto houver prova da conduta proba do administrador societário e dos sócios, sem qualquer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais. Ou seja, essa teoria deixa de coibir o mau uso da sociedade, convertendo-se em instrumento de responsabilização automática dos sócios, quando insolvente a pessoa jurídica. Isto foi confirmado e quantificado pela pesquisa empírica. Para não tornar o texto enfadonho, com sucessivas transcrições de acórdãos, basta dizer que raciocínio semelhante foi reiteradamente constatado nos Tribunais de Justiça de São Paulo⁴²⁴, Minas Gerais⁴²⁵ e Rio Grande do Sul⁴²⁶, além do Tribunal Superior do Trabalho⁴²⁷ e do Superior Tribunal de Justiça⁴²⁸.

⁴²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 279.273/SP, j. 04.12.2003, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Trecho do voto da Relatora.

⁴²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 20ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0258900-46.2010.8.26.0000, j. 06.12.2010, Rel. Desembargador Miguel Petroni Neto. Trecho do voto do Relator: “Havendo relação de consumo, não há necessidade de se atender aos requisitos específicos do art. 50, do Código Civil. Basta a impossibilidade de se ressarcir o credor pela ausência de bens ou diante da dificuldade na localização de ativos.”

⁴²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 10ª Câmara Cível, AI. n.º 0276303-88.2010.8.13.0000, j. 21.09.2010, Rel. Desembargador Cabral da Silva. Trecho da Ementa: “A par da regra geral, desenvolveu-se a teoria menor, especialmente no que tange ao direito do consumidor e ao direito ambiental, afirmando a possibilidade *em qualquer hipótese* de se considerar responsável o sócio e/ou administrador pelo crédito apurado em desfavor da pessoa jurídica de que faça parte.

[...] O risco inerente ao exercício da atividade empresarial, portanto, não poderia ser colocado na conta do consumidor individualmente considerado ou de toda a sociedade. Pouco importa se houve ou não infração à lei ou conduta ilícita por parte dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

⁴²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 70033859505, j. 16.12.2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Trecho do voto da Relatora: “[...] a ‘Teoria Menor’ da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, traz como requisito à desconsideração, apenas a insolvência do devedor. A mesma teoria possui grande aplicação no Direito Ambiental e Trabalhista.

[...] Assim, deparando-se a exequente com a frustração da execução, assiste-lhe razão ao pleitear a incidência da *disregard doctrine*. Tal pretensão está embasada no artigo 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor e, como visto, *dispensa comprovação da intenção do abuso*.”

⁴²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma, AIRR. n.º 206740-12.2004.5.02.0311, j. 11.02.2009, Rel. Ministro Lelio Bentes Corrêa. Trecho do voto do Relator: “Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correto o bloqueio da conta corrente - penhora *on line* - do ora agravante, considerando sua condição de sócio da executada durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução, conforme bem salientado na decisão proferida pelo Tribunal Regional. *A inexistência de bens da empresa executada, por si só, acarreta presunção de irregularidade de gestão*, de má administração empresarial, justificando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor. Agravo de instrumento não provido.”

Ainda: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma, AIRR. n.º 260840-40.2007.5.02.0042, j. 25.11.2009, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 776147-62.2001.5.01.5555, j. 11.12.2002, Rel. Ministro Gelson de Azevedo; BRASIL. Tribunal

Autorizar a desconsideração contemporânea exclusivamente com base na insolvência do devedor acarreta uma série de problemas. Primeiro, *descaracteriza esta teoria*, pois não exigir qualquer outro pressuposto a converte em norma de responsabilidade civil objetiva⁴²⁹, que não se confunde com a teoria em exame, pois esta é subsidiária em relação à responsabilidade civil (quinto pressuposto histórico) e leva sempre em conta a conduta do devedor (quarto pressuposto)⁴³⁰. Interpretá-la desse modo pode até *estimular ilícitos*, já que o sujeito atingido pela desconsideração será cobrado de qualquer maneira, não importa o que faça, inexistindo estímulo para que atue dentro da lei⁴³¹. Também induz os sujeitos potencialmente alcançados por ela, como fornecedores e empregadores, a ter *gastos com seguros de responsabilidade civil*, já que mesmo agindo de boa-fé correrão sempre o risco de serem responsabilizados pela dívida de outrem. Obviamente o custo destes seguros será embutido no preço dos produtos ou serviços prestados, gerando aumento de preços. Isto acaba *transferindo para as próprias partes vulneráveis o custo decorrente da desconsideração*. Em suma, equiparar a desconsideração contemporânea à responsabilidade civil objetiva descaracteriza por completo aquela teoria. E os maiores prejudicados são justamente os sujeitos vulneráveis que o legislador pretendia proteger⁴³².

Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 206440-73.2002.5.05.0008, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro.

⁴²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 737.000/MG, j. 01.09.2011, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

⁴²⁹ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 26. “[O art. 4º da Lei nº 9.605/1998, o art. 28, § 5º da Lei nº 8.078/1990 e o art. 2º da CLT] nada mais são do que típicos preceitos de responsabilidade civil especial por ato ilícito diretamente atribuível aos gestores e controladores da pessoa jurídica, sem que se possa entender a razão pela qual tais normas são tratadas no contexto da superação da personalidade jurídica da sociedade, ainda mais diante do singelo argumento de que o simples obstáculo da separação patrimonial decorrente da personificação societária é razão insuficiente à sua equiparação genérica ao regime do ato ilícito decorrente da teoria da desconsideração.”

⁴³⁰ Como sugere o Enunciado nº 282 do Conselho da Justiça Federal: BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJP, IV Jornada de Direito Civil. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 10.12.2011. “282 – Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.”

⁴³¹ FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 445. “[...] estendere i casi di responsabilità oggettiva (*strict liability*) equivale ad una perdita di efficienza economica. Si consideri il caso degli incidenti automobilistici: se prevale una regola di responsabilità oggettiva, le compagnie di assicurazione saranno indotte ad innalzare i premi di assicurazione e ciò si traduce in una perdita complessiva. Viceversa, un regime di responsabilità civile basato sulla *negligence* (ossia sulla responsabilità per colpa) produrrà effetti opposti e sarà dunque più efficiente.”

⁴³² LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 48. “[...] a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade pode ter um efeito perverso, pois, como os fabricantes de produtos ou fornecedores, sempre que houver um dano, devem responder por ele, a menos que aleguem alguma das excludentes de responsabilidade civil (fato da vítima, estado de necessidade, fato de terceiro, força maior), o custo do seguro, para cobrir as indenizações, será

Esse enfoque da desconsideração contemporânea também *dificulta e desestimula o ingresso de novos agentes no mercado*, sobretudo os de menor porte econômico, dada sua impossibilidade de arcar com o custo desses seguros ou pela perda de competitividade que sofreriam caso o embutissem no preço de seus produtos ou serviços. Em situações extremas, pode ocorrer até *êxodo empresarial*, já que o incremento de sua responsabilidade – e, conseqüentemente, do risco do negócio – faz com que o empresariado busque alternativas, podendo migrar suas atividades para outros países, em que haja critérios mais precisos para adquirir e conservar a limitação de responsabilidade patrimonial⁴³³. O raciocínio também se aplica em sentido inverso, pois além do êxodo empresarial a utilização desregrada da desconsideração contemporânea pode *dissuadir o investimento estrangeiro no país*, porque introduz na equação econômico-financeira dos contratos uma variável de difícil previsibilidade, dificultando o cálculo racional do risco⁴³⁴.

Há, ainda, outro efeito colateral raramente percebido. Trata-se do *antagonismo entre essa visão do instituto e o sistema falimentar brasileiro*. A desconsideração contemporânea – por exemplo, art. 28, § 5º do CDC – faz com que a insolvência acarrete desconsideração da personalidade jurídica quando, na verdade, deveria ocasionar a falência do empresário, a qual se orienta pela *par conditio creditorum*, enquanto aquela teoria rege-se pelo princípio oposto. A questão já foi discutida no Capítulo II, mas convém acrescentar um argumento. No processo de falência o consumidor somente seria pago após diversas classes de credores, como os trabalhistas, os que gozam de garantia real e os tributários, porque na generalidade dos casos seu crédito é quirografário. Não obstante, o citado art. 28, § 5º permite, por via transversa, burlar a ordem legal de preferência dos credores. Bastaria ao consumidor, *antes* da decretação da falência, obter a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, atingindo o patrimônio pessoal dos sócios, para

diluído no preço dos produtos ou serviços e será repassado ao consumidor final, porquanto o valor desses prêmios é muito elevado. Ou seja, o custo dos acidentes faz parte do negócio.”

⁴³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*: Fundamentos de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65. “Há custos que o legislador pode atribuir: os danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos trabalhadores, aos outorgantes de crédito, dentre outros. Ele pode fazer com que toda a comunidade os suporte, [...] ou aplicá-los sobre a atividade empresarial na medida em que pode difundi-los mais eficientemente. Mas as empresas tendem a maximizar seus benefícios, e mudam-se para onde os custos sejam mais baixos. Conseqüentemente, a livre circulação provocará fortes oscilações no mercado em atenção às distintas regulações. As empresas produzirão onde a mão de obra ou os serviços de energia elétrica sejam mais baratos, e venderão onde os controles sejam mais permissivos.”

⁴³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.426. Autor: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: 05.11.2003. Exposição de Motivos: “[...] convém lembrar a inconveniência de se atribuir a todo e qualquer sócio ou administrador, mesmo os que não se utilizaram abusivamente da personalidade jurídica ou até mesmo daqueles que participam minoritariamente do capital de sociedade sem praticar qualquer ato de gestão ou se beneficiar de atos fraudulentos, a responsabilidade por débitos da empresa, pois isto viria a

receber em primeiro lugar, qualquer que fosse a natureza do seu crédito. Quisesse o legislador dotar de tamanho privilégio os créditos derivados da relação de consumo, deveria tê-lo feito expressamente, à semelhança do que ocorreu com os trabalhistas. Na omissão da lei falimentar, a conclusão a que se chega é a de que a prioridade indireta dada aos consumidores de empresa insolvente é disfunção do sistema.

Por todas essas razões, sustenta-se que as normas legais que preveem hipóteses de desconsideração contemporânea *não devem receber interpretação literal*. É preciso verificar em que medida os pressupostos da teoria clássica lhe são aplicáveis, bem como construir pressupostos complementares que resgatem o equilíbrio entre as hipóteses excepcionais de incidência desta teoria e a limitação de responsabilidade patrimonial como regra do sistema⁴³⁵. Mesmo porque a literalidade dessas normas não espelha os objetivos do legislador, identificados através da análise sistemática. Foram manobras subliminares e fora de contexto, durante a tramitação legislativa (no caso do art. 28, § 5º do CDC), ou interpretações jurisprudenciais equivocadas (caso do art. 2º, § 2º da CLT) que distorceram a desconsideração contemporânea, ampliando seu alcance de maneira desmedida, o que acarretou a superutilização deste instituto.

No Projeto do Código de Defesa do Consumidor o artigo sobre a desconsideração da personalidade jurídica continha, inicialmente, apenas o *caput*⁴³⁶. ele adotava uma desconsideração mais próxima de suas raízes históricas, exigindo prova de “culpa”, “insolvência” ou “encerramento das atividades” do fornecedor para que pudesse ser declarada a ineficácia da separação patrimonial. Era semelhante ao atual art. 50 do Código Civil. Portanto, nem mesmo consagrava a desconsideração contemporânea, mas sim a modalidade clássica.

Sucessivas emendas parlamentares deslocaram a matéria para o art. 28 e acrescentaram-lhe quatro parágrafos, criando seção intitulada “Da Desconsideração da

desestimular a atividade empresarial de um modo geral e a participação no capital social das empresas brasileiras [...].”

⁴³⁵ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 409. “[...] a fluidez da proposta encampada pela teoria da desconsideração gerou um descontrole conceitual tal que não se pode mais divisar com precisão em quais hipóteses ela será aplicada na pureza de seu sentido, gerando, assim, distorções agudas, seja no plano econômico, seja no jurídico.

[...] Não encontrando esses fundamentos econômicos, a teoria busca simplesmente compensar com uma mão custos sociais que não são (e nem podem ser) antevistos quando da formulação da estrutura empresarial que a outra mão permite seja implementada com base na liberdade de escolha e na de planejamento da ação privada.”

⁴³⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.683. Autor: Senador Jutahy Magalhães. Brasília: 02.05.1989. “Art. 24. Os sócios-gerentes e administradores não respondem pessoalmente pelas obrigações

Personalidade Jurídica”. A pretexto de consagrar a desconconsideração contemporânea começaram os equívocos. Primeiro, porque um dos novos parágrafos tratava da responsabilidade solidária das sociedades consorciadas perante o consumidor, quando se sabe que solidariedade e desconconsideração da personalidade jurídica são excludentes (quinto pressuposto). Segundo, porque outro parágrafo tratava da responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes de grupo societário, sendo que a desconconsideração acarreta responsabilidade direta e não subsidiária. Mas o maior erro foi a manutenção do § 5º até a versão final da lei. Tal parágrafo simplesmente despreza a separação patrimonial sempre que sua observância for “inconveniente” para o consumidor, sem qualquer consideração sobre a natureza da atividade desenvolvida pelo centro de imputação, sobre a conduta de seus membros ou sobre a existência de outras normas que já impõem responsabilidade solidária. Ou seja, o § 5º afasta completamente os pressupostos históricos da desconconsideração da personalidade jurídica, sem trazer qualquer critério objetivo que os substitua de maneira satisfatória, inviabilizando a interpretação do *caput* do art. 28 de forma análoga ao art. 50 do Código Civil.

Aliás, tudo leva a crer que a intenção da Presidência da República era vetar o § 5º⁴³⁷. Todavia, por erro material o veto foi lançado contra o § 1º⁴³⁸. Isto porque a razão do veto⁴³⁹ é justamente preservar o modelo de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no *caput*, assegurando o caráter excepcional deste instituto. Ora, o § 1º não só era plenamente compatível com o *caput* como também o complementava, esclarecendo que a teoria somente incide mediante requerimento do interessado e em decorrência de ordem judicial. Esclarecia, ainda, que somente seriam atingidos o acionista controlador, os sócios majoritários e os administradores. Ou seja, quem poderia influir na formação da vontade societária. Não faria sentido vetar o § 1º, ao menos pelas razões oficialmente declaradas. Diversamente, o § 5º destoa do restante do artigo, porque converte a desconconsideração em

imputadas à empresa, exceto, nos casos de culpa, insolvência ou encerramento das respectivas atividades, pelas indenizações previstas nas Seções II, III e IV deste Capítulo.”

⁴³⁷ Os próprios autores do Anteprojeto do CDC entendem dessa forma: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DENARI, Zelmo; *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 8. ed., 2004. p. 37.

⁴³⁸ Eis a redação deste § 1º: BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: 11.09.1990. “§ 1º. A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram.”

⁴³⁹ Mensagem de Veto nº 664, de 11 de setembro de 1990, que assim dispõe: “O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.”

providência genérica, cabível por simples conveniência do consumidor, sem maiores considerações sobre as circunstâncias do caso concreto⁴⁴⁰.

Assim, durante a tramitação do projeto legislativo, numa penada só, não apenas foi suprimido o dispositivo que delimitava o alcance da teoria desconconsideração da personalidade jurídica em matéria consumerista (consagrando a modalidade clássica), como também fora acrescentado outro que adotou a desconconsideração contemporânea com abrangência quase incontrolável. Perceba-se como foram tortuosos os caminhos que conduziram à previsão legal que se tem hoje vigente.

Também no Direito do Trabalho a desconconsideração contemporânea não encontra bases sólidas na legislação. Pelo contrário, quando publicada a CLT, em 1943, ainda não havia sequer sido escrito o artigo de Rubens Requião, primeiro a tratar da *disregard doctrine* no país. Consequentemente, qualquer tentativa de visualizar naquela consolidação normas acerca desta teoria decorreu de posterior interpretação jurisprudencial. O problema é que essa interpretação foi muito além dos limites do texto, acabando por criar no Direito do Trabalho uma desconconsideração tão ou mais desmedida do que o criticado art. 28, § 5º do CDC. Buscou-se no art. 2º, § 2º da CLT fundamento para a desconconsideração contemporânea, quando de fato o texto legal fala apenas em “responsabilidade solidária”, para efeitos da relação de emprego, entre o empregador principal e outras empresas sob sua direção, controle ou administração. Havendo responsabilidade solidária não há que se falar em desconconsideração. Neste caso, o papel da jurisprudência foi fundamental para que de simples disposição legal sobre solidariedade, em contexto restrito, se chegasse à conclusão de que ex-sócios, mesmo os minoritários destituídos do poder de administração respondam por dívidas trabalhistas da sociedade. O texto legal não comporta esse tipo de alargamento⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 204-205. “O legislador, particularmente no que concerne ao § 5º, do artigo 28, desprezou os critérios da desconconsideração. A referência à *disregard doctrine* decorre somente da necessidade, diante da crença de que a limitação de responsabilidade resulte da personalidade jurídica, de eleger uma técnica capaz de imputar aos sócios responsabilidade pelas dívidas da sociedade. De fato, não é possível encontrar-se no suporte fático da norma em tela, as características da teoria da desconconsideração.”

⁴⁴¹ Confira-se a crítica de Ricardo Fiuza, BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.426. Autor: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: 05.11.2003. Exposição de Motivos: “Esses casos [de desconconsideração atributiva], entretanto, vêm sendo ampliados desmesuradamente no Brasil, especialmente pela Justiça do Trabalho, que vem de certa maneira e inadvertidamente usurpando as funções do Poder Legislativo, visto que enxergam em disposições legais que regulam outros institutos jurídicos fundamento para decretar a desconconsideração da personalidade jurídica, sem que a lei apontada cogite sequer dessa hipótese, sendo grande a confusão que fazem entre os institutos da co-responsabilidade e solidariedade, previstos, respectivamente, no Código Tributário e na legislação societária, ocorrendo a primeira (co-responsabilidade) nos casos de

Essas duas hipóteses somadas – art. 28 do CDC e art. 2º da CLT – respondem por cerca de 97% do total de casos de desconsideração atributiva, conforme revelou a pesquisa empírica. Assim, fica claro que esse tipo de imputação direta de responsabilidade é o ponto a ser combatido quando se busca a readequação do alcance e dos limites da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Por um lado, a proteção de sujeitos vulneráveis é objetivo legítimo, determinado pela própria Constituição Federal, a ser buscado mesmo na ausência de lei específica. Por outro, as principais normas que tratam da desconsideração contemporânea no Brasil, a pretexto de concretizar este objetivo, distanciaram totalmente essa teoria de suas raízes históricas, resultando na criação de um instituto que praticamente não encontra limites. Isto se agrava pela interpretação extensiva que os tribunais têm dispensado a esses dispositivos. Neste contexto, há desproporcionalidade entre o fim colimado e o instrumento que se utiliza para alcançá-lo, causando superutilização do instituto, insegurança jurídica e efeitos negativos no mercado. É preciso agora compreender em que medida os pressupostos clássicos se aplicam à modalidade contemporânea de desconsideração, bem como construir marcos complementares, porque tais limites não estão claros nos dispositivos legais que tratam do assunto. Em suma, a reconstrução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica não esbarra em óbice legal, apenas demanda sua correta interpretação.

5.2 – A limitação de responsabilidade patrimonial: crise e reequilíbrio (reconsideração).

Tudo que foi dito demonstra ter havido uma crise da limitação de responsabilidade patrimonial. Em grande medida, ela decorreu do uso exagerado da desconsideração da personalidade jurídica, principal instrumento utilizado para relativizar

tributos deixados de ser recolhidos em decorrência de atos ilícitos ou praticados com excesso de poderes por administradores de sociedades, e a segunda (solidariedade) nos casos em que genericamente os administradores de sociedades ajam com excesso de poderes ou pratiquem atos ilícitos, daí porque, não obstante a semelhança de seus efeitos, a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firme as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica possa e deva ser decretada.”

Outrossim: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 53. “Sem qualquer princípio ou norma que os autorizasse, os juízes trabalhistas transformaram a responsabilidade limitada em responsabilidade subsidiária e ilimitada. É necessário combater fortemente esse paternalismo desenfreado e antijurídico cometido pelos magistrados trabalhistas. E que os sócios (sejam pessoas físicas ou naturais) que sofrem constrições ilegais tenham a coragem – porque direito eles já têm – de responsabilizar pessoalmente os juízes que cometem essas aberrações.”

essa limitação. A pesquisa empírica comprovou isto, quantificando os seguintes desvios daquilo que se considera a dogmática correta:

ALGUNS DESVIOS NA APLICAÇÃO DA <i>DISREGARD DOCTRINE</i>	
Incidência sem haver prova, no caso concreto, da malversação de esferas decisórias ou patrimoniais	45% Do total de casos
Incidência apenas na fase de execução	94% Do total de casos
Aplicação de ofício pelo magistrado	12% Do total de casos
Aplicação extremamente restrita fora do âmbito societário, por exemplo, às fundações e fundos de investimento	4% Do total de casos

Isto sem falar de outros desvios que foram também constatados, ainda que não sistematizados estatisticamente, como a aplicação da *disregard doctrine* contra administradores que não fazem parte do quadro societário (desrespeito ao quinto pressuposto histórico) ou contra sócios minoritários sem decisiva influência na formação da vontade social (quarto pressuposto), e até mesmo sua aplicação a casos nos quais é totalmente desnecessária, quer por não haver duas esferas patrimoniais distintas (primeiro pressuposto), como no acórdão em que ela incidiu contra o titular de firma individual, quer porque já existe norma legal impondo responsabilidade direta, sem necessidade de desconsideração (quinto pressuposto), como a responsabilidade do sócio participante de sociedade em conta de participação que toma parte diretamente nos negócios do sócio ostensivo com terceiros.

Esses problemas se manifestaram principalmente na modalidade contemporânea de desconsideração, em que os dispositivos legais que tratam do tema são vagos e subjetivos. Esta imprecisão fez com que a pretexto de se tutelar sujeitos vulneráveis, como consumidores e empregados, a declaração de ineficácia da separação patrimonial fosse superutilizada pela jurisprudência, quase como sinônimo de responsabilidade objetiva. Ao invés de punir o *mau uso* da limitação de

responsabilidade⁴⁴², ela passou a desprezar a conduta do sujeito apenado, simplesmente para evitar que algum prejuízo viesse a ser suportado pela parte vulnerável, sem a análise rigorosa de certos pressupostos. Em crise, a limitação de responsabilidade patrimonial deixou de fornecer a segurança e a previsibilidade que dela se esperam, acarretando várias consequências negativas, dentre elas:

ALGUNS EFEITOS COLATERAIS DO EXAGERO NO USO DA DESCONSIDERAÇÃO CONTEMPORÂNEA
Descaracterização da própria teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como técnica de punição ao mau uso da limitação de responsabilidade
Estímulo subliminar à conduta desidiosa de sócios e administradores
Aumento de custo de produtos ou serviços
Criação de barreira ao ingresso de novos agentes no mercado (desestímulo ao empreendedorismo)
Êxodo empresarial e desestímulo ao investimento estrangeiro
Antagonismo com as regras da falência

Tanto havia um cenário de crise que o Superior Tribunal de Justiça, já no ano de 2002, consignou expressamente que estávamos vivendo a “*era da desconsideração da pessoa jurídica*”⁴⁴³. Desde então ela vem despertando reflexões, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial. Conforme parâmetros desta pesquisa empírica, a “era da desconsideração” atingiu seu ápice em 2009, quando representou 51% do total de casos. Ao que parece, as reflexões acerca da superutilização do instituto começam a produzir frutos, pois os dados de 2010 indicam redução no percentual de incidência da modalidade atributiva. Vislumbra-se uma *tendência de readequação do alcance e dos limites da desconsideração contemporânea*, a qual tende a ser aplicada de agora em diante de forma

⁴⁴² A preocupação em deixar clara a finalidade da desconsideração já havia sido manifestada por Ricardo Fiúza em 2002, quando propôs alterações ao Código civil: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.160. Autor: Deputado Ricardo Fiúza. Brasília: 27.08.2002. “A alteração proposta mantém o objeto social e a distinção patrimonial como condição da autonomia da personalidade jurídica, e prevê a perda dessa autonomia nas situações de abuso tal como pretendido pelo legislador. Mas os efeitos da desconsideração só podem atingir os sócios ou administradores que se utilizaram da pessoa jurídica abusiva ou fraudulentamente. A ‘*disregard doctrine*’ pressupõe sempre a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, (Ver lei inglesa art. 332, *Companies Act* de 1948).”

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. n.º 413.865/PR, j. 26.11.2002, Rel. Ministro Luiz Fux. Trecho da Ementa: “Na era da ‘desconsideração da pessoa jurídica’ e do reconhecimento da *legitimatío ad causam* às entidades representativas de interesses difusos, representaria excesso de formalismo negar ao Consórcio reconhecido pelo Ministério do Trabalho a assemelhação às pessoas jurídicas para fins de

mais criteriosa pelos tribunais, resgatando o necessário equilíbrio entre a limitação de responsabilidade patrimonial, como regra do sistema, e seu afastamento em situações esporádicas. Vários fatores permitem antever essa tendência.

Primeiramente, o fato de que as críticas doutrinárias à crise da limitação de responsabilidade patrimonial se intensificaram no início do século⁴⁴⁴, transcendendo o âmbito acadêmico a ponto de serem acolhidas pelo Judiciário e o Legislativo. Ainda que no passado o STJ tenha fomentado esta crise, ao consagrar a modalidade atributiva com abrangência exagerada (caso do Shopping Osasco), hoje há movimento em sentido inverso, com várias decisões daquele tribunal enfatizando a necessidade de respeitar a separação patrimonial, avaliando com cautela a presença dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, *mesmo nas relações envolvendo sujeitos vulneráveis*⁴⁴⁵. Também no Tribunal Superior do Trabalho, órgão judicante em que ela se faz mais presente, houve redução de 97% de incidência em 2002 para 90% em 2009 e 73% em 2010. Em termos gerais, no ano de 2002 esta teoria foi aplicada em 65% do total de casos pesquisados, passando-se a 58% em 2009 e 55% em 2010. Ou seja, a jurisprudência passa por um momento de ajuste, de reequilíbrio no uso da desconsideração.

O mesmo se verifica no plano legislativo. Vários projetos de lei buscam restringir o alcance da desconsideração da personalidade jurídica⁴⁴⁶. O atual momento de reforma das codificações ratifica essa tendência. O Projeto de Novo CPC⁴⁴⁷ dedicou-lhe

admissão no REFIS, máxime porque, essa opção encerra promessa de cumprimento das obrigações tributárias.”

⁴⁴⁴ Vide, por exemplo: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 198. “A disciplina da responsabilidade dos sócios sofreu, todavia, a influência reformadora da chamada crise da limitação de responsabilidade. Em crise, a limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios, cuja capacidade de externalizar custos sociais foi explicitada por um tipo particular de análise econômica, experimentou crescente relativização, não faltando mesmo estudiosos a sugerir sua integral supressão.”

Igualmente: CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Del Rey, 2002.

⁴⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg. no REsp. n.º 1.279.422/SP, j. 13.03.2012, Rel. Ministro Humberto Martins. Trecho do voto do Relator: “Somente a existência de dolo no inadimplemento da obrigação configura infração legal necessária para efetivação da responsabilidade do sócio, que não é objetiva, exigindo a configuração de alguma das hipóteses fáticas ali descritas, sendo ônus do exequente tal demonstração. [...] Logo, tendo em vista que o recorrente tratava-se de sócio sem poderes de gerência ou direção e que se desligou da empresa anteriormente à dissolução irregular, não ocorre a responsabilidade prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional.”

⁴⁴⁶ Os principais são os seguintes: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.160. Autor: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: 27.08.2002; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.426. Autor: Deputado Ricardo Fiuza. Brasília: 05.11.2003; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.140. Autor: Deputado Marcelo Barbieri. Brasília: 04.05.2005; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.401. Autor: Deputado Bruno Araújo. Brasília: 13.05.2008; e BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.826. Autor: Poder Executivo. Brasília: 18.02.2010.

⁴⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166. Autor: Senador Valter Pereira. Brasília: 30.04.2010.

título específico, composto de 04 artigos, consagrando a modalidade clássica e respeitando seus pressupostos, como a exigência de “abuso da personalidade jurídica”, observância de contraditório prévio, restrição dos efeitos ao plano da eficácia bem como proibição da desconsideração *ex officio*. Igualmente sucede no Projeto de Novo Código Comercial⁴⁴⁸, que lhe conferiu posição de destaque, tratando-a na Seção II (Da desconsideração da personalidade jurídica), por meio de 04 artigos. Merece crítica o fato de ter inserido a matéria no Livro II, intitulado “Das sociedades empresárias”. Ainda que fértil nesta seara, a desconsideração não se restringe a ela. O primeiro pressuposto histórico autoriza sua aplicação além dos limites societários, desde que exista centro autônomo de imputação a cujo patrimônio se limite a responsabilidade patrimonial de seus membros. Melhor seria, então, tratá-la na parte geral. Para facilitar a análise, transcreve-se o principal dispositivo do Projeto:

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

Ao invés de aludir a “abuso da personalidade jurídica”, como fizeram o art. 50 do Código Civil e o Projeto de Novo CPC, o legislador optou pelo termo “fraude” como núcleo do instituto. Isto traz inconvenientes, porque a fraude pressupõe elemento subjetivo (recorde-se a explanação do Capítulo IV, sobre o elemento subjetivo na fraude à execução). Diversamente, a desconsideração clássica requer malversação de esferas decisórias *ou patrimoniais*. Se, por um lado, a desconsideração tem como um de seus objetivos coibir a fraude, por outro ela incide além deste escopo, alcançando casos em que se declara a ineficácia da separação patrimonial a partir de razões objetivas, em que não há intenção fraudulenta. Assim ocorre na confusão patrimonial, em que não se indaga acerca da intenção do titular do poder de controle, bastando para caracterizá-la a contabilidade desorganizada. Portanto, afigura-se infeliz a opção pelo termo “fraude” ao invés de “abuso da personalidade jurídica”. No restante, o Projeto de Novo CCom está em sintonia com a tendência de se respeitar a separação patrimonial, como regra dos sistema. Ele prevê reserva de jurisdição, asseverando que “o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica”,

⁴⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

ressalta a necessidade de contraditório prévio⁴⁴⁹ e proíbe a desconsideração contemporânea nas relações entre empresários⁴⁵⁰. Trata-se de iniciativa salutar que evitará a interpretação de dispositivos do Novo Código (que consagram a desconsideração clássica) de maneira análoga aos que cuidam da modalidade contemporânea (como o art. 28, § 5º do CDC). É mais um incentivo a que esse tipo de analogia equivocada deixe de ser feita pelos tribunais.

As iniciativas citadas buscam reorganizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, readequando seus limites. Há quem sugira ir além e simplesmente suprimi-la do sistema jurídico⁴⁵¹, propondo a *desconstrução* do instituto⁴⁵², que teria perdido sua utilidade e se tornado fonte de exageros. Ocorre que o termo desconstrução cunhado por Jacques Derrida⁴⁵³ não significa eliminar ou abolir algo. Pelo contrário, equivale a repensar um instituto, para readequá-lo às necessidades atuais. Neste ponto as ideias de Jacques Derrida se assemelham às de Octavio Paz, citado na abertura deste estudo. Verdadeiramente “desconstruir a desconsideração da personalidade jurídica” não equivale a propor a eliminação deste instituto do sistema brasileiro, pura e simplesmente. Essa postura é cômoda, porém inviável, já que a desconsideração está positivada em inúmeros dispositivos legais, nos mais diversos ramos do Direito, não sendo razoável sua retirada abrupta do sistema. Para combater a crise da limitação de responsabilidade patrimonial é preciso percorrer a trilha mais longa e trabalhosa, que consiste em identificar as causas dessa crise, quantificá-las estatisticamente e propor critérios que permitam *readequear* o alcance da teoria da desconsideração, combatendo os excessos. Esses novos

⁴⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011. “Art. 130. A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, só poderá ser determinada pelo juiz depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.”

⁴⁵⁰ Chega-se a esta conclusão pela análise do art. 129, o qual afirma que “a simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica”.

⁴⁵¹ HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R. Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts. In: *Foundations of Corporate Law*. New York/Oxford: Oxford Foundation Press, 1993.

Igualmente: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 377. “Para aqueles que conseguem perceber o espírito da lei, além da sua letra fria, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se mostra praticamente dispensável no Brasil.”

⁴⁵² NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47. “O que se vai detalhar adiante é que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é necessária, tanto do ponto de vista econômico quanto do jurídico (aí entendido nos planos do direito processual, material e na repercussão jurisprudencial do fenômeno).”

⁴⁵³ DERRIDA, Jacques. *Pensar a Desconstrução*. Tradução: Maria Clara Castellões de Oliveira *et alii*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

Vide, ainda: DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004; PEDROSO JUNIOR, Neurivaldo Campos. *Jacques Derrida e a Desconstrução: Uma Introdução*. Disponível em: <http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/Neurivaldo_Junior_Derrida_e_a_desconstrucao_uma_introduc_ao_final.pdf>. Acesso em: 11.03.2012.

critérios representam os pressupostos da desconsideração contemporânea e serão analisados no próximo tópico.

5.3 – Pressupostos da Desconsideração Contemporânea.

As normas que tratam da desconsideração contemporânea são vagas e subjetivas, não fixando critérios precisos para se identificar quais os limites e os pressupostos desta teoria. Veja-se, por exemplo, os principais dispositivos sobre o tema:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - *Sempre que* uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, *serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis* a empresa principal e cada uma das subordinadas⁴⁵⁴.

Art. 28. [...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica *sempre que* sua personalidade for, de alguma forma, *obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*⁴⁵⁵.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica *sempre que* sua personalidade for *obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*⁴⁵⁶.

Note-se a presença, nos três dispositivos citados, da expressão “sempre que”, a indicar que o objetivo do legislador, nesses novos ramos do Direito, é o de resguardar de maneira eficaz os sujeitos vulneráveis (empregados e consumidores) ou conferir especial proteção a certos bens jurídicos (meio ambiente saudável). *A lei se preocupa mais em afastar a limitação de responsabilidade patrimonial, como forma de se alcançar esses*

⁴⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: 01.05.1943.

⁴⁵⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: 11.09.1990.

objetivos, do que em fixar critérios precisos e objetivos para a incidência da desconsideração contemporânea. Nenhum dos dispositivos citados impõe que se analise, no caso concreto, a conduta do sujeito cuja personalidade jurídica se pretende desconsiderar. Tampouco exige provocação da parte interessada ou sequer a prática de algum ato ilícito como justificativa para a desconsideração. “Sempre que” houver exteriorização de riscos em detrimento da parte vulnerável, “sempre que” a mera existência de separação patrimonial for obstáculo ao ressarcimento de danos causados a consumidores, empregados ou ao meio ambiente, seria cabível a desconsideração da personalidade jurídica. É isto o que sugere a interpretação literal dos artigos.

Em sentido oposto, nos dispositivos que cuidam da modalidade clássica desta teoria, nota-se a preocupação do legislador em fixar parâmetros e limites para sua incidência, cuja prova deve ficar a cargo de quem a invoca, pois se presume a igualdade formal entre os sujeitos da relação jurídica:

Art. 50. Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, *pode o juiz decidir*, a *requerimento da parte*, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica⁴⁵⁷.

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 administração⁴⁵⁸.

Repare como os dispositivos citados se preocuparam em delimitar a incidência da desconsideração, exigindo “abuso da personalidade jurídica”, “desvio de finalidade”, “confusão patrimonial”, “abuso de direito”, “excesso de poder”, “infração da lei”, “fato ou ato ilícito” ou “violação dos estatutos ou contrato social”. Todas estas expressões, em

⁴⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.605. Brasília: 12.02.1998.

⁴⁵⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002.

⁴⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.884. Brasília: 11.06.1994. Dispositivo atualmente revogado, porém substituído, em sua literalidade, pelo art. 34 da Lei nº 12.529/2011.

última análise, constituem desdobramentos do quarto pressuposto histórico, consistente na malversação de esferas decisórias ou patrimoniais. Todas visam a *delimitar* o alcance dessa teoria. O art. 50 do Código Civil vai além e ainda impõe reserva de jurisdição, proibindo a desconsideração *ex officio* (“pode o juiz decidir”). Ou seja, são dispositivos que se preocuparam em delimitar os contornos e os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica, criando parâmetros para que incida de maneira moderada, apenas quando efetivamente necessária.

Que existe nítida diferença na forma como o instituto é previsto nesses dois grupos de artigos não há dúvida. A questão é: como interpretá-los?

Num *primeiro momento*, a jurisprudência conferiu *interpretação literal* aos textos de lei que cuidam da desconsideração contemporânea. Porque o legislador não só recomenda sua incidência “sempre que” for favorável à proteção de sujeitos vulneráveis como também deixa de prever marcos precisos e objetivos para delimitá-la, esta interpretação literal ocasionou superutilização do instituto, fato já descrito ao longo do trabalho. A fim de resguardar empregados e consumidores (nas últimas décadas, também para proteger o meio ambiente), essa teoria foi utilizada como válvula de escape para afastar a limitação de responsabilidade patrimonial. Os pressupostos históricos que tradicionalmente a guiavam foram deixados de lado e substituídos por argumentos de ordem econômica, como os conceitos de *free rider* e de exteriorização ilícita de riscos. Isto fez que com a teoria, aos poucos, *deixasse de levar em conta a conduta do sujeito a ser atingido* para se converter numa regra de responsabilidade objetiva. Em alguns casos, ao ignorar a conduta do sujeito atingido, *os tribunais acabaram por converter a desconsideração contemporânea em simples regra de solidariedade legal* entre sócio e sociedade, passível de incidência automática. Como se sabe, na técnica jurídica desconsideração e solidariedade são conceitos mutuamente excludentes.

Ao percorrer essa trilha, os tribunais fizeram com que a *disregard doctrine*, ao invés de coibir o *mau uso* da limitação de responsabilidade patrimonial, passasse a sancionar a simples insolvência, mesmo a decorrente de causas naturais do mercado, sem qualquer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais⁴⁵⁹. Entendiam que havendo

⁴⁵⁹ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 68. “É sempre bom lembrar, embora seja fato sistematicamente ignorado por diversas decisões judiciais sobre o assunto, que a simples insolvência da sociedade demandada não é razão bastante para, por si só, disparar a incidência da teoria menor da desconsideração, o que será melhor explicado a seguir.

É preciso que, quando menos, se agregue à impossibilidade de cumprimento por parte do responsável principal (a pessoa jurídica) o *plus* da fraude ou do abuso decorrente da personificação. A explicação é

prejuízos estes não deveriam, em hipótese alguma, ser suportados por partes vulneráveis, como consumidores e empregados. Na impossibilidade de alocar tais prejuízos na sociedade que lhes deu causa, os tribunais utilizaram a desconsideração contemporânea como válvula para transferi-los aos sócios, a qualquer custo, sem indagar se algum deles havia realmente dado causa a esse prejuízo ou, de qualquer modo, desrespeitado as condicionantes da responsabilidade limitada. Não se indagava, sequer, sobre eventual culpa exclusiva do sujeito vulnerável (culpa exclusiva da vítima).

Neste contexto, a desconsideração contemporânea incidiu contra sócios minoritários sem poderes de administração, sendo aplicada apenas na fase executiva do processo, até mesmo de ofício. Ou seja, insolvência e desconsideração tornaram-se sinônimos. Há nessa interpretação profundo desvio quanto à finalidade e às próprias origens da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, compromete as funções – micro e macroeconômicas – da limitação de responsabilidade patrimonial, causando insegurança no mercado e outros efeitos colaterais já mencionados.

A constatação desses exageros inaugurou uma *segunda fase histórica*, consistente nas mais variadas críticas à teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁴⁶⁰. Chegou-se a propor sua completa eliminação do sistema brasileiro, ao argumento de que adquirira amplitude incontrolável e poderia ser satisfatoriamente substituída por outros institutos, dotados de pressupostos e limites mais precisos. Anteriormente este estudo já frisou que a desconsideração não pode ser suprimida do dia para a noite, num passe de mágica, porque é frequente na jurisprudência, desempenha importantes funções e também porque positivada em inúmeros dispositivos legais, nos mais variados ramos do Direito, não havendo manifestação do legislador tendente a revogá-los. Entretanto, isto não significa fechar os olhos para a maneira desmedida como vinha sendo utilizada, sobretudo na modalidade contemporânea. Inaugura-se, assim, a *terceira fase*, na qual se busca *readequar* a desconsideração contemporânea, dotando-a de pressupostos e limites tão precisos quanto os da modalidade clássica. Esta é a fase pela qual o instituto passa atualmente.

Primeiro, é preciso ter em mente que *a desconsideração contemporânea não deve ser aplicada com base na literalidade dos dispositivos legais que atualmente a preveem*, justamente porque estes *se limitaram a dar ênfase a seu propósito, omitindo-se*

simples: a teoria em debate não pune o inadimplemento de uma obrigação, mas sim o mau uso da pessoa jurídica.”

⁴⁶⁰ Veja-se, por todos: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

quanto aos pressupostos e limites. Desta forma, a interpretação literal conduz à conclusão equivocada de que para atingir esse propósito a desconsideração poderia ser aplicada em qualquer caso, “sempre que” a limitação de responsabilidade patrimonial representasse “obstáculo ao ressarcimento” da parte vulnerável. Como não se trata de norma de responsabilidade objetiva, mas de *sanção pelo mau uso da limitação de responsabilidade*, é preciso dotá-la de pressupostos que permitam identificar, objetivamente e com segurança, no que consiste este mau uso. Com efeito, o sujeito potencialmente atingido deve ter ciência de quais são as condutas capazes de atrair tal sanção, até para abster-se de praticá-las. Do contrário, haveria desestímulo para se respeitar os condicionantes da limitação de responsabilidade patrimonial, já que ela seria afastada de qualquer modo, pouco importando a conduta adotada no caso concreto. Ficaria prejudicado, também, o cálculo racional do risco de cada investimento. Tem-se, assim, o *primeiro pressuposto* da desconsideração contemporânea: *impossibilidade de interpretação literal dos dispositivos legais que atualmente a consagram.*

É preciso, igualmente, verificar em que medida os pressupostos da teoria clássica lhe são aplicáveis, bem como construir pressupostos complementares que resgatem o equilíbrio entre as hipóteses excepcionais de incidência desta teoria e a limitação de responsabilidade como regra do sistema. Consequentemente, a mudança de rumo passa pelo resgate dos pressupostos clássicos, naquilo em que compatíveis com a modalidade contemporânea, bem como pela construção de marcos complementares. Esta mudança pode ser rotulada como *reconsideração da personalidade jurídica*⁴⁶¹, em antítese à consagrada expressão “desconsideração da personalidade jurídica”. Em síntese, *por reconsideração da personalidade jurídica entende-se o movimento de readequação do alcance dos instrumentos capazes de relativizar a limitação de responsabilidade patrimonial, compatibilizando-os de forma a que sejam efetivos no combate a condutas ilícitas sem, com isso, comprometer as importantes funções da limitação de responsabilidade.* Um destes instrumentos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é objeto deste estudo. Outros há que ainda precisam ser considerados à luz desse novo prisma, como a responsabilidade civil dos administradores societários e dos administradores de fundos de investimento.

⁴⁶¹ O primeiro a utilizar esse termo, ainda que em contexto mais restrito, foi Haroldo Verçosa: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades; As Sociedades em Espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105. “Da desconsideração generalizada da personalidade jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua ‘reconsideração’, com o fortalecimento da atividade empresarial.”

Sustenta-se que *os seguintes pressupostos da modalidade clássica, já bastante delineados ao longo do texto, são integralmente aplicáveis à desconsideração contemporânea*: (i) existência de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio; (ii) atividade praticada por meio desse centro; (iii) que esta atividade seja formalmente lícita; e (v) inexistência de solidariedade legal⁴⁶².

Com efeito, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, qualquer que seja a modalidade, quando não se está diante de ao menos dois centros autônomos de imputação, cada qual dotado de patrimônio próprio, ao qual se limita a responsabilidade de seus membros, pois a função desta teoria é justamente responsabilizar um deles por dívida formalmente contraída pelo outro. É preciso, ainda, que ambos exerçam uma atividade, pois para combater atos isolados existem outros institutos, como a teoria das nulidades. Esta atividade deve ser formalmente lícita, porque a repressão ao ato ilícito se faz por meio da responsabilidade civil. A ilicitude que caracteriza a desconsideração da personalidade jurídica situa-se no plano substancial (no conteúdo da atividade, na maneira como é exercida ou nos efeitos por ela efetivamente visados). Ademais, diante de norma legal impondo solidariedade torna-se desnecessário valer-se da *disregard doctrine*, pois a imputação de responsabilidade decorre automaticamente da lei, pouco importando a conduta do sujeito a ser atingido.

Dessa breve retrospectiva se percebe que a mudança operou-se no quarto pressuposto histórico, justamente o principal deles. A malversação de esferas decisórias ou patrimoniais, tida como fio condutor desta teoria, desde as suas origens, foi substituída pelos conceitos econômicos de *free rider* e exteriorização ilícita de riscos. Tanto doutrina quanto jurisprudência se valeram deles para enxergar nos dispositivos legais que consagram a desconsideração contemporânea normas de responsabilidade objetiva e incidência automática ao caso concreto, sem maiores considerações sobre a conduta dos sujeitos envolvidos, quase como uma solidariedade legal entre sócio e sociedade. Bastaria que a limitação de responsabilidade patrimonial obstasse o ressarcimento de consumidores e empregados para que fosse declarada ineficaz. Ocorre que o instrumental teórico utilizado para tanto não fornece a segurança e a objetividade que dele se esperam. Os conceitos de *free rider*⁴⁶³ e de externalidade⁴⁶⁴ vêm sofrendo duras críticas, justamente por

⁴⁶² Vide Capítulo II, tópico 2.4, para maiores detalhes.

⁴⁶³ LAO, Marina. Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance. *Seton Hall Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. December. 2007. p. 197. “Even if free riding does occur, it should not be of antitrust significance unless it erodes the sales of full-service dealers to a degree that they lose the incentive to provide the valuable services. After all, free riding

sua imprecisão. Assim, não é recomendável aplicá-los isoladamente, como principal fundamento para declarar ineficaz a limitação de responsabilidade patrimonial. Torna-se necessário compatibilizar os objetivos visados pelo legislador com a regra geral da limitação de responsabilidade.

O legítimo objetivo de proteger sujeitos com presunção de vulnerabilidade ou conferir especial tutela a certos bens jurídicos não pode ser buscado a ponto de comprometer o cálculo racional do risco das escolhas empresariais, prejudicando o bom funcionamento do mercado e causando insegurança, já que estes aspectos também gozam de proteção constitucional. Não se pode desprezá-los com fundamento em dispositivos legais lacônicos e conceitos econômicos vagos. Ou seja, *não se pode restaurar a distribuição de riscos desejada pelo legislador de forma absoluta, a ponto de transferi-los a quem não tinha sequer condição de evitá-los*. Da mesma forma como consumidores e empregados não participam do risco inerente à empresa, não podendo ser prejudicados pelo insucesso daquela, também os sócios incapazes de determinar a vontade societária, como os minoritários, não podem ter transferido a si um risco que não tinham condição de administrar. Se, por um lado, os dispositivos legais que consagram a desconsideração contemporânea permitem responsabilizar sócios em decorrência da simples insolvência da sociedade, por outro não o fazem a ponto de permitir a responsabilização de *qualquer* sócio. Uma coisa é declarar ineficaz a limitação de responsabilidade patrimonial “sempre que” ela for “obstáculo ao ressarcimento” de empregados, consumidores ou do meio ambiente. Outra, bem diversa, é declará-la ineficaz “para atingir qualquer um”. Ao contrário das duas primeiras, esta última locução não se faz presente nos dispositivos legais. Assim, *existem limites à redistribuição de riscos desejada pelo legislador*, os quais não vinham sendo respeitados pela jurisprudência, nas últimas décadas. Mesmo a favor de partes vulneráveis, *esta redistribuição somente pode ser feita para alcançar quem tinha*

exists throughout the economy and the law generally does not ban it. [...] A close analysis of the free rider argument will show that these conditions are seldom satisfied, and the free riding does not often become an economic problem that needs to be addressed [...].”

⁴⁶⁴ HADDOCK, David D. Irrelevant Internalities, Irrelevant Externalities, and Irrelevant Anxieties. *Northwestern Law & Economics Research Paper*. Chicago: Northwestern University and PERC, 2003. p. 28-29. “Economics has long been vexed by externalities, positive and negative. The distinction between private and societal interest is well understood for pecuniary externalities, but the same distinction has rarely been acknowledged for non-pecuniary ones affecting large populations. But it is important to recognize the difference between a problem and an inconvenience.

[...] Certainly ideal public policy would recognize externalities—but it would only endeavor to correct those that are relevant at the margin. They surround us but rarely lead to resource misallocation. Ill-considered efforts to regulate them will.”

condições de evitar a concretização desses riscos. Não faria sentido apenas alguém em decorrência da concretização de um dano que essa pessoa não teria condições de evitar.

A distinção entre a modalidade clássica de desconconsideração da personalidade jurídica e a modalidade contemporânea traz ainda outra importante consequência. *As normas inseridas num destes regimes não podem ser aplicadas analogamente ao outro, tendo em vista a diferença de pressupostos, perceptível pela própria redação dos dispositivos legais que regem essas espécies.* Não obstante, vários acórdãos pretendem interpretar o art. 50 do Código Civil de maneira análoga ao art. 28 do CDC, para ampliar o alcance do primeiro, fazendo-o incidir até mesmo contra minoritários sem poderes de administração, pelo simples fato de a sociedade executada não dispor de patrimônio suficiente para arcar com suas dívidas⁴⁶⁵. Isto é fruto de equivocado entendimento acerca da natureza e dos limites da desconconsideração contemporânea.

Delimitados os pressupostos materiais deste instituto, cumpre passar aos de ordem processual. Como demonstrado no Capítulo II, a desconconsideração da personalidade jurídica repercute não apenas sobre o patrimônio do sujeito atingido mas também, via reflexa, sobre a própria função macroeconômica da limitação de responsabilidade, matéria de interesse público primário, com assento constitucional e indispensável ao bom funcionamento do mercado. Por estas razões, se sujeita a *reserva de jurisdição absoluta*. Disto decorre que não pode ser decidida em processo administrativo nem, tampouco, em procedimento arbitral.

Ademais, a desconconsideração impõe obrigação direta (*Schuld* ou *debitum*) e não mera responsabilidade patrimonial (*Haftung* ou *obligatio*). Assim, o sujeito que se pretende atingir deve ter assegurado *prévio contraditório*, com a mesma amplitude de defesa franqueável a qualquer devedor. Em consequência, fica vedada sua inclusão apenas na fase executiva do processo. Para evitar manobras fraudulentas, tendentes a ocultar ou dissipar o patrimônio do devedor, enquanto este exerce o contraditório, basta que o credor se valha de medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, até que o feito esteja devidamente instruído e pronto para se decidir acerca da desconconsideração.

⁴⁶⁵ Vide, por todos: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 26ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 992.07.001600-2/50000, j. 23.11.2010, Rel. Desembargadora Maia da Cunha. Trecho do voto da Relatora: : “O princípio da não confusão entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios vem sendo a cada dia examinado de modo mais relativo e a melhor prova disso é o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Se é compreensível que o consumidor tenha mais facilidade em executar o objeto da condenação imposta ao fornecedor, compreensível também é que se analise o artigo 50 do Código Civil com a mesma disposição interpretativa, entendendo-se como abuso decorrente do desvio de finalidade a circunstância de a empresa não possuir bens penhoráveis de nenhuma natureza nem ativos financeiros.”

Por fim, não há dispositivo legal que autorize o juiz a aplicar a desconsideração da personalidade jurídica sem prévio pedido do interessado. O máximo que se autoriza o magistrado a fazer, por iniciativa própria, é dar início à execução de títulos judiciais, obviamente, contra quem neles foi condenado, como prevê o art. 878 da CLT. Nunca, porém, aplicar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar pessoa diversa de quem figura no título executivo. Nem mesmo o poder geral de cautela autoriza que se proceda desta forma, pois se destina à tutela de situações processuais de natureza transitória. Como dito, serve para tornar indisponíveis os bens do devedor, até ulterior decisão judicial. Nunca, porém, para expropriar-lhes em definitivo. Consequentemente, *é inadmissível a desconsideração da personalidade jurídica ex officio*.

Eis o quadro-resumo dos pressupostos da desconsideração contemporânea:

PRESSUPOSTOS DA DESCONSIDERAÇÃO CONTEMPORÂNEA
1) Impossibilidade de interpretação literal dos dispositivos legais que a consagram (não constitui regra de responsabilidade objetiva, mas sanção pelo uso indevido da limitação de responsabilidade patrimonial)
2) Existência de centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio
3) Atividade praticada por meio desse centro
4) Atividade formalmente lícita
5) Imposição legal de distribuição diferenciada de riscos (tutela de sujeitos vulneráveis ou de determinados bens jurídicos)
6) Inexistência de solidariedade legal
7) Alcança apenas quem tinha condições de evitar a concretização dos riscos que o legislador deseja prevenir
8) Impossibilidade de interpretação analógica entre os dispositivos legais que disciplinam a desconsideração clássica e a modalidade contemporânea
9) Reserva de jurisdição absoluta (impossibilidade de desconsideração em processos administrativos ou em procedimento arbitral)
10) Necessidade de prévio contraditório (impossibilidade de desconsideração apenas na fase executiva do processo)
11) Inadmissibilidade da desconsideração <i>ex officio</i> (não se assenta no poder geral de cautela, mas em decisão definitiva)

Se na modalidade clássica de desconsideração da personalidade jurídica o núcleo do instituto estava contido em seu quarto pressuposto, *na modalidade contemporânea é preciso voltar os olhos, principalmente, ao primeiro e sétimo pressupostos.*

CONCLUSÃO

Tema clássico da seara comercial, hoje espalhado pelos mais diversos ramos do Direito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica sempre esteve emaranhada em polêmicas. Basta lembrar que no precedente *Salomon v. Salomon & Co* a decisão judicial de primeiro grau que mandou aplicá-la acabou sendo reformada pela *House of Lords*.

Após longos debates, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial, foram sendo construídos e sedimentados os pressupostos desta teoria, responsáveis por delimitar-lhe o alcance, compatibilizando-a com outras figuras jurídicas, como a limitação de responsabilidade patrimonial.

Quando ela parecia não despertar maiores questionamentos, sobrevieram mudanças estruturais na sociedade mundial, as quais repercutiram profundamente sobre o Direito. A organização do movimento operário, a consolidação da sociedade de massa e a preocupação com a tutela de direitos transindividuais impulsionaram o surgimento de novos ramos do Direito, como o trabalhista, consumerista e ambiental. Nestes novos ramos reacendeu-se a discussão sobre a finalidade e o alcance da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A natureza peculiar das partes envolvidas ou a transindividualidade do bem jurídico tutelado impeliram doutrina e jurisprudência a repensar a desconsideração, dando origem a uma nova variante dessa teoria, que se convencionou chamar de desconsideração contemporânea ou atributiva. Esta nova modalidade paulatinamente distanciou-se dos pressupostos históricos da desconsideração, substituindo-os por premissas econômicas, ainda sem a mesma precisão e objetividade daqueles pressupostos. Isto acarretou superutilização da modalidade contemporânea, aspecto que este estudo procurou quantificar estatisticamente, por meio da análise empírica de decisões judiciais (jurimetria ou *empirical legal studies*).

Em resposta a essa superutilização, alguns doutrinadores chegaram a sugerir que se eliminasse a desconsideração contemporânea. Este estudo, porém, não se filiou a tal corrente. Pelo contrário, considera que é muito mais difícil compreender um instituto – para aperfeiçoá-lo – do que simplesmente negar sua existência ou utilidade.

Na visão do autor, a desconsideração contemporânea passa hoje pelo mesmo movimento pendular que caracterizou, em outras épocas, a modalidade clássica de

desconsideração da personalidade jurídica. De novidade cativante e pouco utilizada, rapidamente saltou ao extremo oposto, atraindo as mais diversas críticas pelo exagero com que passou a ser aplicada. Hoje, porém, caminha-se para a estabilização do pêndulo.

Entende-se que esta estabilização requer uma maior consciência sobre as diferenças da modalidade clássica e contemporânea, seus objetivos, a natureza das partes envolvidas na relação jurídica e a forma como incidem nos casos concretos. Não se pode confundi-las nem, tampouco, apartá-las por completo, eis que comungam de alguns pressupostos comuns. Este estudo procurou apontar essas semelhanças e diferenças, sugerindo os caminhos a serem percorridos. Muitos outros existem e que não foram abordados, pois o trabalho científico é um constante *work in progress*.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. n.º 2, v. 1, p. 13-39, 1998.
- ALSINA, Jorge Bustamante. La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio. *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1977-D-481.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. t. 1.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Studi Sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008.
- ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di Diritto Commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. Corso di Diritto Commerciale: Introduzione e Teoria dell'Impresa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 146-160. *apud* tradução de COMPARATO, Fábio Konder. O Empresário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXVI, n.º 109, p. 183-189, jan./mar. 1998.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003.
- AYRES, Ian. Valuing Modern Contract Scholarship. *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 881-901, January, 2003.
- BAINBRIDGE, Stephen M. Abolishing LLC Veil Piercing. *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles: University of California Press, n. 1, p. 77-106, 2001.
- BAKER, Stephen. *Numerati*. Tradução: Ivo Korytowski. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *On Corporations*. Chicago: Callaghan, 1946.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. É preciso conciliar o tempo e a segurança do resultado nos processos judiciais. *Entrevista concedida ao informativo eletrônico espaço Jurídico BM&F BOVESPA*. São Paulo, 09.08.2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DENARI, Zelmo; *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 8. ed., 2004.

BENJAMINI, Yoav; HOCHBERG, Yosef. Controlling the False Discovery Rate: a Practical and Powerful Approach to Multiple Testing. *Journal of the Royal Statistical Society*. v. 57, n. 1, p. 289-300. 1995.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do IASP*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 12, n.º 23, p. 233-246, jan./jun. 2009.

_____. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do IASP*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 12, n.º 23, p. 233-246, jan./jun. 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Os Sistemas Duais e sua Crise: o fim das grandes certezas. p. 6-7. Disponível no endereço <http://www.prmg.mpf.gov.br/index_prod.htm>. Consultado em 18.11.2008.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRINZ, Alois Ritter von. *Lehrbuch der Pandekten*. 2. ed. Erlangen: A. Deichert, 1879. v. II.

- BULGARELLI, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BUONOCORE, Vincenzo. *Le Nueve Frontiere del Diritto Commerciale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles os Juízes vistos por nós os Advogados*. São Paulo: JG Editor, 2000.
- CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale: Diritto Delle Società*. 7. ed. Torino: Utet Giuridica, 2011. v. 2.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANIZARES, Felipe de Sola; AZTIRIA, Henrique. *Tratado de Sociedades de Responsabilidade Limitada*. apud TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TOZZINI, Syllas; BERGER, Renato. *Das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada: atualizado de acordo com o Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n.º 72, p. 53-74, out./dez. 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. Titolo Esecutivo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, v. VIII, Parte I, p. 313-320, 1931.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 3.
- CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.
- CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Del Rey, 2002.
- COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

- _____. *Curso de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
- _____. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n.º 36, p. 38-44, mar. 1992.
- _____. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Empresário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXVI, n.º 109, p. 183-189, jan./mar. 1998.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison-Wesley, 2000.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Algumas reflexões sobre a concentração de empresas*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFPR, em 2003. Disponível em <<http://www.obcl.com.br>>. Consultado em 21.04.2004.
- _____. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999.
- _____. Breve histórico da legislação sobre sociedade anônima no Brasil. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1. p. 267-276, 2001.
- _____. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. 155 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1987. Manuscrito.
- _____. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Tendências atuais do Direito Societário*. Palestra proferida em Curitiba, na OAB/PR, em 13/08/1999. Disponível em <<http://www.obcl.com.br>>. Consultado em 14.11.2000.

- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; PARENTONI, Leonardo Netto. Gargalos no Processo de Recuperação Judicial de Empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional II*. São Paulo: Quartier Latin. No prelo.
- COSTA, Patrícia Barbi. *Os Mútuos dos Sócios e Acionistas na Falência das Sociedades Limitadas e Anônimas*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- CRASWELL, Richard. In That Case, What Is The Question? Economics and the Demands of Contract Theory. *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 903-924, January, 2003.
- DAVID, Rene. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Martins Editora, 2002.
- DE LUCCA, Newton. A desconsideração da personalidade jurídica na falência. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, v. 1, p. 32-34.
- _____. A oportunidade de um novo Código Comercial para o Brasil. *Enfoque Jurídico*. São Paulo: Enfoque Jurídico, ano I, n.º 4, p. 14, jun. 2011.
- _____. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. 2009. 448 f. Tese (Professor Titular de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- _____. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DERRIDA, Jacques. *Force of the Law: The Mystical Foundation of Authority*. Deconstruction and the Possibility of Justice. New York: New York Routledge, 1992.
- _____. *Pensar a Desconstrução*. Tradução: Maria Clara Castelloes de Oliveira et alii. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualização: Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização Societária: Financiamento e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DROBNIG, Ulrich. *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. apud CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*. n.º 52. 1985.
- EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991.
- FARIAS, Luciano Chaves de. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa: Aplicação da Teoria. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 25, p. 24-40, fev./mar. 2009.
- FÈRES, Marcelo Andrade. *As sociedades Entre o Fato e o Registro*. 2008. 280 f. Tese (Doutorado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.
- _____. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Giuffrè, 1976.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: Um conceito jurídico superado no Moderno Direito Societário pelo conceito*

- de Fim Social. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FRANCO, Gustavo. O Judiciário e a economia. *Revista VEJA*, ano 37, n. 35, 1º set. 2004, p. 87.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.
- FRONTINI, Paulo Salvador. Poder Econômico e Sociedade Holding. *Revista do Mestrado em Direito*. Osasco, ano 7, n.º 01, p. 133-146, 2007.
- GAGARIN, Michael. *Early Greek Law*. Los Angeles: University of California Press, 1989.
- GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002.
- _____. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *Il Nuovo Diritto Societario*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2006. v. 29. t. I.
- GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em Conta de Participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- GARRONE, José Alberto. *Derecho Comercial: Instituciones Generales, Sociedades, Contratos*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, t. 1.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Ohio: Ohio State University Press, 1974.
- GINTIS, Herbert; BOWLES, Samuel; BOYD, Robert T.; FEHR, Ernst. *Moral Sentiments and Material Interests: The Foundations of Cooperation in Economic Life*. Massachusetts: The MIT Press, 2005.
- GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Tradução: Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Utet, 1913.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Sociedades por quotas de responsabilidade limitada: fundamentos para um anteprojeto de lei. In: CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- _____. *Sociedade de Advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

- GONTIJO, Vinícius José Marques. A Regulamentação das Sociedades Limitadas. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de Empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. Esquizofrenia Jurídica: El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Themis*. Lima: Themis, n.º 44, p. 17-35, 2002.
- GRAF, Jorge Barrera. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. Atualização da Constituição e mutação constitucional. *Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*. São Paulo: EMAG, ano I, n.º 01, p. 60-75, jun./ago. 2009.
- GRECO, Leonardo. A Execução e a Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n.º 94, p. 34-94, abr./jun. 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: Aspectos de Direito Material e Processual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- _____. *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- GRISPO, Jorge Daniel. *Inoponibilidad de la personalidad societaria*. Disponível em: <<http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf>>. Acesso em: 21.02.2011.
- HADDOCK, David D. Irrelevant Internalities, Irrelevant Externalities, and Irrelevant Anxieties. *Northwestern Law & Economics Research Paper*. Chicago: Northwestern University and PERC, 2003.
- HANDLING, Oscar; HANDLING, Mary F. Origins of the American Business Corporation. *Journal of Economic History*. Yale: The Yale Law Journal, v. 5, n.º 1, may, 1945.
- HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R. Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts. In: *Foundations of Corporate Law*. New York/Oxford: Oxford Foundation Press, 1993.
- HEISE, Michael R. Litigated Learning and the Limits of Law. *Cornell Law School*. n. 2, p. 2418-2461, oct. 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=lsrp_papers>. Acesso em 26.02.2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.
- HODGE, Lee C.; SACHS, Andrew B. Piercing the Mist: Bringing the Thompson study into the 1990s. *Wake Forest Law Review*. n.º 43, p. 341-363, January. 2008.

HOUAISS. *Dicionário Eletrônico Houaiss*. 1. ed. 2001.

IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Roma: Laterza, 2001.

JUNQUEIRA DE AVEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KANITZ, Stephen. Procuro um avalista. *Revista VEJA*, ano 37, n. 20, 12 mai. 2004, p. 23.

KOTOWITZ, Y. Moral Hazard. In: EATWELL, J; MURRAY, M; NEWMAN, P. (Coord.). *Allocation, Information and Markets*. London: W. W. Norton, 1987.

LAMY FILHO, Alfredo. A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAO, Marina. *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance*. In: PITOFSKY, Robert (Coord.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. *Empirical Methods in Law*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. I presupposti dell'esecuzione forzata. In: LIEBMAN, Enrico Tullio (Coord.). *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.

LIMA, Alvino Ferreira. *Da Culpa ao Risco*. 1938. 236 f. Tese (Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1938.

LOBO, Jorge. A Empresa: Novo Instituto Jurídico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLI, n.º 125, p. 29-40, jan./mar. 2002.

_____. *Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law. *Minnesota Law Review*. Minnesota: Minneapolis, v. 46, p. 255, 1961.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 885, p. 49-62, jul. 2009.

_____. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*: Fundamentos de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Perfil Histórico da Execução Civil*. Texto inédito fornecido pelo autor aos alunos da disciplina Tutela Jurisdicional Executiva do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da USP, no primeiro semestre de 2010.

_____. Títulos Executivos e Multa de 10%. In: SANTOS, Ernani Fidelis; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução Civil*: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1956. 350 f. Tese (Professor Catedrático de Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1956.

MADALENO, Rolf. *Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito de Família*: Aspectos Polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Disregard e a sua efetivação no Juízo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, Divórcio e Fraude na Partilha de Bens*: Simulações Empresariais e Societárias. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano de Eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Manual de Direito das Sociedades*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*: Parte Geral. Lisboa: Almedina, 2004.

- MILGROM, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organization and management*. New Jersey: Prentice Hall, 1992.
- MIRANDA, José Bragança de. *A Questão da Desconstrução em Jacques Derrida: Contribuição para a análise do discurso do método na modernidade*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 1986.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Nova Definição de Sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.º 39, p. 78-85, jun. 2006.
- MOTTA, Carlos. Princípios da Proteção Negocial e Jurídica para Empreendedores em Tecnologia. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.
- MOURÃO, Gustavo César de Souza. Algumas reflexões sobre a sociedade simples e a limitação da responsabilidade de seus sócios. *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Juruá Editora, n.º 4, p. 117-128, jul./dez. 2005.
- MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht, In: *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957.
- NAGEL, Stuart S. Testing Empirical Generalizations in Legal Research. *Journal of Legal Education*. Los Angeles: Southwestern Law School, v. 15, n. 4, p. 365, 1962.
- NASCIMENTO, Evando (Coord.). *Jacques Derrida: Pensar a Desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- NUNES, Marcelo Guedes. *A Jurimetria a serviço da advocacia*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/83-a-jurimetria-a-servico-da-advocacia.html>>. Consultado em 19.05.2011.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUNES, Simone Lahorgue; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre a origem do princípio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OH, Peter B. Veil-Piercing. *Texas Law Review*. n.º 89, p. 81-145, February. 2010.
- PARK, William W. Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma. In: MACMAHON, Belinda (Coord.). *Multiple Parties in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- PARKER, Edmund. *Credit Derivatives: Documenting and Understanding Credit Derivative Products*. London: Globe Law and Business, 2007.

- PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PARENTONI, Leonardo Netto; GUIMARÃES, Rafael Couto. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PARENTONI, Leonardo Netto. Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n.º 193, p. 281-318, mar. 2011. p. 297-314.
- _____. O Conceito de Empresa no Código Civil de 2002. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 388, p. 133-151, nov./dez. 2006.
- PAZ, Octavio. La búsqueda del presente (Conferencia Nobel 1990). *Les Prix Nobel*. Stockholm: Editor Tore Frängsmyr, [Nobel Foundation], 1991. Disponível em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html>. Acesso em: 05.02.2011.
- PEDROSO JUNIOR, Neurivaldo Campos. *Jacques Derrida e a Desconstrução: Uma Introdução*. Disponível em: <http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/Neurivaldo_Junior_Derrida_e_a_desconstrucao_uma_introducao_final.pdf>. Acesso em: 11.03.2012.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PETRIN, Martin. The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: Exploring the intersection of Corporate and Tort Law. *American University Law Review*. Washington: Washington College of Law, n. 6, v. 59, p. 1661-1711, August. 2010.
- PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio *Lineamentos de las cargas probatorias 'dinámicas'*. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- POSNER, Eric A. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *The Yale Law Journal*. Yale: The Yale Law Journal, v. 112, n.º 4, p. 829-880, January, 2003.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.
- PUGA VIAL, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima: y otras sociedades por acciones em el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

- RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Campinas: Red, 2002.
- ROSENBAUM, Paul R.; RUBIN, Donald B. Constructing a Control Group Using Multivariate Matched Sampling Methods That Incorporate the Propensity Score. *The American Statistician*. v. 39, n. 1, p. 33-38, February. 1985.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Função Social do Contrato: Primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLII, n.º 132, p. 07-24, out./dez. 2003.
- _____. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. Mercados Derivativos: aspectos jurídicos e suas semelhanças e dessemelhanças com o jogo e a aposta. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 09, p. 107-118, jan./mar. 2002.
- SATTA, Salvatore. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*. Padova: CEDAM, 1968.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCOTT, Robert E. A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements. *Columbia Law Review*. v. 103, n.º 7, p. 1641-1699, nov. 2003.
- SEGAL, David. What They Don't Teach Law Students: Lawyering. *The New York Times*, 19 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/11/20/business/after-law-school-associates-learn-to-be-lawyers.html?pagewanted=all>>. Acesso em 26.02.2012.
- SERICK, Rolf. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

- SERTILLANGES, Antonin-Dalmace. *A Vida Intelectual: Espírito, Condições, Método*. Tradução: António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1940.
- SICA, Heitor Vítor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n.º 146, p. 49-68, abr. 2007.
- SIMON, Herbert Alexander. Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review*. Washington: National Academy Press, v. 49, jun. 1959.
- SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOUZA, Carlos Gustavo Lemos de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplicada na lei de licitações. Disponível em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html>. Acesso em: 07.05.2011.
- SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. Sociedade Unipessoal como solução organizativa da empresa. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990.
- TARELLO, Giovanni. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale: L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. v. I. t. 2.
- TARZIA, Giuseppe. Il Giusto Processo di Esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, anno LVII, n.º 2, p. 329-350, apr./giu. 2002.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Sociologia do Poder na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n.º 77, p. 50-56, jan./mar. 1990.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- _____. A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n.º 102, p. 68-88, abr./jun. 2001.
- _____. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

- _____. *O Contrato e sua Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Prescrição – Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.º 40, p. 64-78, jul. 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- THOMPSON, Robert Blakey. Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n.º 76, p. 1036-1074, July. 1991.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A desconsideração da personalidade jurídica na falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n.º 134, p. 222-233, abr./jun. 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005.
- VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*. Aspen: Kluwer Law International, 2007. v. 2.
- VASSALLI, Francesco. *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*. Milano: Giuffrè, 1973.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades; As Sociedades em Espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.
- VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.
- VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal: dos reflexos no inquérito parlamentar*. 2010. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5. ed. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco V., 1929.
- YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução Civil: Novos Perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

- WALD, Arnoldo. A Recente Evolução da Empresa e o Direito. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, n.º 24, p. 83-93, dez./jan. 2009.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A Crise da Limitação de Responsabilidade dos Sócios e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2004. 269 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Tradução: Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editôra Mestre Jou, 1968.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução: A. M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.
- _____. The Logic of Economic Organization. *Oxford Journals*. Oxford: Oxford University Press, v. 4, n.º 1, p. 65-93, spring, 1988.
- _____. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*. American Economic Association, v. 38, n.º 3, p. 595-613, sep. 2000.
- ZÁRATE, Hilda Zulema. *Personalidad jurídica y su desestimación*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarate.pdf>. Acesso em: 21.02.2011.

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS NO TEXTO

(em ordem cronológica decrescente)

I – Supremo Tribunal Federal.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE. n.º 389.808/PR, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Marco Aurélio.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADC. n.º 16/DF, j. 24.11.2010, Rel. Ministro Cezar Peluso.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, AI (AgR). n.º 754.834/MG, j. 08.09.2009, Rel. Ministra Ellen Gracie.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, MS. n.º 22.801/DF, j. 17.12.2007, Rel. Ministro Menezes Direito.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE. n.º 407.688/SP, j. 08.02.2006, Rel. Ministro Cezar Peluso.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RE. n.º 352.940/SP, j. 25.04.2005, Rel. Ministro Carlos Velloso.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, AI (AgR). n.º 388.755/SP, j. 03.09.2002, Rel. Ministro Ilmar Galvão.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, MS. n.º 23.452/RJ, j. 16.09.1999, Rel. Ministro Celso de Mello.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, AI. n.º 221.071/SP, j. 06.10.1998, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, Agravo de Petição. n.º 10.029, j. 10.09.1942.

II – Superior Tribunal de Justiça.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg. no REsp. n.º 1.279.422/SP, j. 13.03.2012, Rel. Ministro Humberto Martins.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 737.000/MG, j. 01.09.2011, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.259.020/SP, j. 09.08.2011, Rel. Ministra Nancy Andrigli.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 895.792/RJ, j. 07.04.2011, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 1.180.191/RJ, j. 05.04.2011, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.169.175/DF, j. 17.02.2011, Rel. Ministro Massami Uyeda.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.141.447/SP, j. 08.02.2011, Rel. Ministro Sidnei Beneti.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, REsp. n.º 1.112.943/MA, j. 15.09.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 948.117/MS, j. 22.06.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, Súmula n.º 435, j. 14.04.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, AgRg. no CC. n.º 109.256/SP, j. 14.04.2010, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, REsp. n.º 940.274/MS, j. 07.04.2010, Rel. originário Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 331.921/SP, j. 17.11.2009, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, AgRg. no CC. n.º 103.437/SP, j. 27.05.2009, Rel. Ministro Fernando Gonçalves.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 1.071.643/DF, j. 02.04.2009, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 1.056.256/SP, j. 16.12.2008, Rel. Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, CC. n.º 68.173/SP, j. 26.11.2008, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.043.759/DF, j. 25.11.2008, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, REsp. n.º 852.437/RS, j. 22.10.2008, Rel. Ministro Castro Meira.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 1.035.510/RJ, j. 02.09.2008, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 744.107/SP, j. 20.05.2008, Rel. Ministro Fernando Gonçalves.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, AgRg. no Ag. n.º 965.210/SP, j. 13.05.2008, Rel. Ministro Massami Uyeda.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, EAG. n.º 494.887/RS, j. 23.04.2008, Rel. Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, REsp. n.º 716.412/PR, j. 12.09.2007, Rel. Ministro Herman Benjamin.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 783.227/SP, j. 24.04.2007, Rel. Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 769.152/RS, j. 24.10.2006, Rel. Ministro João Otávio de Noronha.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 331.478/RJ, j. 24.10.2006, Rel. Ministro Jorge Scartezzini.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 573.849/PR, j. 26.09.2006, Rel. Ministro João Otávio de Noronha.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. n.º 738.502/SC, j. 18.10.2005, Rel. Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 718.541/RS, j. 19.04.2005, Rel. Ministra Eliana Calmon.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 637.055/BA, j. 28.09.2004, Rel. Ministra Eliana Calmon.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 370.068/GO, j. 16.12.2003, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp. n.º 279.273/SP, j. 04.12.2003, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp. n.º 557.294/SP, j. 06.11.2003, Rel. Ministra Eliana Calmon.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, EREsp. n.º 279.580/SP, j. 16.06.2003, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. n.º 450.137/RJ, j. 11.03.2003, Rel. Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, REsp. n.º 413.865/PR, j. 26.11.2002, Rel. Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 225.051/DF, j. 07.11.2000, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp. n.º 63.652/SP, j. 13.06.2000, Rel. Ministro Barros Monteiro.

III – Tribunal Superior do Trabalho.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 206440-73.2002.5.05.0008, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR. n.º 137140-92.2003.5.02.0001, j. 15.12.2010, Rel. Ministro Milton de Moura França.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 89640-97.1999.5.04.0006, j. 05.05.2010, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma, AIRR. n.º 13540-43.2006.5.02.0061, j. 28.04.2010, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 94840-98.2006.5.24.0001, j. 28.04.2010, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma, AIRR. n.º 92441-04.2002.5.03.0072, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 42040-79.1997.5.06.0011, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Emmanoel Pereira.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, RR. n.º 92441-04.2002.5.03.0072, j. 09.12.2009, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma, AIRR. n.º 229940-27.2004.5.12.0034, j. 09.12.2009, Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma, AIRR. n.º 199940-37.2004.5.23.0002, j. 09.12.2009, Rel. Ministro Fernando Eizo Ono.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma, AIRR. n.º 260840-40.2007.5.02.0042, j. 25.11.2009, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma, AIRR. n.º 131440-11.1995.5.06.0291, j. 09.09.2009, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma, AIRR. n.º 206740-12.2004.5.02.0311, j. 11.02.2009, Rel. Ministro Lelio Bentes Corrêa.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma, AIRR. n.º 776147-62.2001.5.01.5555, j. 11.12.2002, Rel. Ministro Gelson de Azevedo.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, AIRR. n.º 87969-58.2001.5.15.5555, j. 08.05.2002, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo Correia de Araújo.

IV – Tribunal de Justiça de São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9123296-96.2006.8.26.0000, j. 01.08.2011, Rel. Desembargadora Cristina Zucchi.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 20ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0258900-46.2010.8.26.0000, j. 06.12.2010, Rel. Desembargador Miguel Petroni Neto.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 26ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 992.07.001600-2/50000, j. 23.11.2010, Rel. Desembargadora Maia da Cunha.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 14ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 0306462-51.2010.8.26.0000, j. 05.10.2010, Rel. Desembargador Pedro Ablas.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 17ª Câmara de Direito Privado, Ap. n.º 9134383-15.2007.8.26.0000, j. 20.09.2010, Rel. Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 17ª Câmara de Direito Privado, AgRg. n.º 0013889-90.2001.8.26.0000, j. 24.08.2010, Rel. Desembargador Maia da Cunha.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 20ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0160466-22.2010.8.26.0000, j. 22.08.2010, Rel. Desembargador Rebello Pinho.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0052989-37.2010.8.26.0000, j. 27.05.2010, Rel. Desembargador Vieira de Moraes.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 29ª Câmara Cível, AI. n.º 1.198.103-0/0, j. 05.08.2008, Rel. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0015350-63.2002.8.26.0000, j. 11.12.2002, Rel. Desembargador Dyrceu Cintra.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0051627-78.2002.8.26.0000, j. 27.11.2002, Rel. Desembargador Álvaro Torres Júnior.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado, AI. n.º 0007648-66.2002.8.26.0000, j. 26.11.2002, Rel. Desembargador Sampaio Pontes.

V – Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 2ª Câmara, Ap. n.º 9.247, j. 11.04.1955, Rel. Desembargador Edgard Bittencourt.

VI – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 10ª Câmara Cível, AI. n.º 0276303-88.2010.8.13.0000, j. 21.09.2010, Rel. Desembargador Cabral da Silva.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 9754008-32.2009.8.13.0079, j. 06.07.2010, Rel. Desembargador Tarcisio Martins Costa.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 14ª Câmara Cível, AI. n.º 5958101-74.2001.8.13.0024, j. 13.05.2010, Rel. Desembargador Antônio de Pádua.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câmara Cível, AI. n.º 1.0056.02.025244-3/001, j. 23.03.2010, Rel. Desembargador Armando Freire.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 13ª Câmara Cível, AI. n.º 1817521-91.2003.8.13.0024, j. 19.11.2009, Rel. Desembargador Alberto Henrique.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível, AI. n.º 0668434-90.2006.8.13.0471, j. 15.09.2009, Rel. Desembargador Edivaldo George dos Santos.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 15ª Câmara Cível, AI. n.º 1273464-36.2008.8.13.0035, j. 28.05.2009, Rel. Desembargador Maurílio Gabriel.

VII – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível, AI. n.º 70033041336, j. 17.12.2009, Rel. Desembargador Liége Puricelli Pires.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 70033859505, j. 16.12.2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível, AI. n.º 70033010786, j. 16.12.2009, Rel. Desembargador Jorge Maraschin dos Santos.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 70032657991, j. 25.11.2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível, AI. n.º 70004233011, j. 25.06.2002, Rel. Desembargador Eduardo Uhlein.

VIII – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 6ª Câmara Cível, AI. n.º 0003636-67.2003.8.19.0000, j. 12.12.2003, Rel. Desembargador Maldonado de Carvalho.

IX – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Decisão Monocrática, AI em AGPT. n.º 20081029688, j. 13.11.2008, Rel. Desembargador Rafael E. Pugliese Ribeiro.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 12ª Turma, RO. n.º 00948-20.05.0150.2006, j. 23.11.2006, Rel. Desembargadora Vania Paranhos.

PROJETOS DE LEI CITADOS NO TEXTO

(em ordem cronológica decrescente)

I – Senado Federal.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166. Autor: Senador Valter Pereira. Brasília: 30.04.2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.683. Autor: Senador Jutahy Magalhães. Brasília: 02.05.1989.

II – Câmara dos Deputados.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.468. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Brasília: 04.10.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 88. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Brasília: 16.08.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.826. Autor: Poder Executivo. Brasília: 18.02.2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.401. Autor: Deputado Bruno Araújo. Brasília: 13.05.2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.140. Autor: Deputado Marcelo Barbieri. Brasília: 04.05.2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.426. Autor: Deputado Ricardo Fiúza. Brasília: 05.11.2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.160. Autor: Deputado Ricardo Fiúza. Brasília: 27.08.2002.