

***A Disregard Doctrine* e o princípio da eticidade no novo Código Civil**

Oksandro Gonçalves (Mestre)

Curso de Direito – Universidade Tuiuti do Paraná

Resumo

A pessoa jurídica nasce da vontade humana ante a constatação de que determinados objetivos serão mais facilmente atingidos mediante a conjugação de esforços. A esse conjunto é atribuída uma personalidade jurídica, o que a torna sujeito de direitos e obrigações. Trata-se de uma ficção cuja utilização indevida, e a relativização do princípio, outrora absoluto, da autonomia patrimonial, forneceu condições para o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), tese assimilada pela doutrina e jurisprudência para evitar que a personificação seja utilizada como instrumento para ocultar os atos antijurídicos praticados por outros sujeitos, sob a proteção da pessoa jurídica, desviando-a da sua função. É um importante meio de aperfeiçoamento do instituto, porque desconsidera episodicamente os efeitos da personificação para atingir sua realidade subjacente.

Palavras-chave: desconsideração, personalidade jurídica.

Abstract

The legal entity is a human creation that originates from the verification that some objectives may be more easily accomplished if efforts are conjugated and shared. This organization of efforts is given a legal personality, and becomes a subject of rights and obligations. The legal personality is a fiction whose irregular or illegal use, as well as the relativity of the principle of patrimonial autonomy, have given conditions for the development of the theory of disregard of the legal entity, or simply “disregard doctrine”. This theory has been assimilated by both the doctrine and the jurisprudence as a means to avoid that the legal entity be used as a “cover” to illegal actions taken by other subjects, deviating from the functions of the entity itself. The “disregard doctrine” is an important contribution to the legal entity as a juridical institute, for it allows the disregard of some aspects of the legal personality so as to reveal the true effects of the actions taken under its protection.

Key words: disregard doctrine, legal personality.

Pessoa jurídica e a personalidade jurídica

Um dos pilares do direito moderno é o instituto da pessoa jurídica, criada no sentido da superação da idéia de que o direito somente se dirige ao ser humano. Entidades fictícias¹, as pessoas jurídicas tornam-se sujeitos de direitos e obrigações, passando da universalidade dos sócios para uma unidade autônoma e independente.²

- 1 Dentre as diversas teorias, a predominante é aquela proposta por Savigny: *Para alguns autores, como Savigny e Windscheid, as pessoas colectivas seriam uma ficção. A personalidade colectiva seria uma < fictio iuris > (teoria da ficção). A lei, ao estabelecer a personalidade jurídica das pessoas colectivas, estaria a proceder como se as pessoas colectivas fossem pessoas singulares, visto que só as pessoas singulares podem ser sujeitos de direitos e deveres* (Pinto, 1996, p. 126).
- 2 *Toda moderna concepção de pessoa jurídica plasmou-se, por assim dizer, na confluência desses três fatores históricos: o Direito romano, o Direito germânico e o canônico. Nesse processo genético nota-se, porém, uma luta incessante entre o princípio da unidade e o da universalidade. Não se compreendia, de começo, outra coisa senão as pessoas humanas, que formavam o grupo; não se obrigava senão a entidade na coletividade. Somente após*

Entre as inúmeras teorias sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica³, destaca-se a doutrina de Savigny, segundo a qual

pessoa é todo o sujeito de relações jurídicas, que, tecnicamente, não corresponda a uma “pessoa natural”, mas que seja tratada, como pessoa, através de uma ficção teórica, numa situação que se justifica, para permitir determinado escopo humano (Cordeiro, 2000, p. 39).

Trata-se de criação oriunda da superação da idéia de que o Direito dirigia-se somente aos seres humanos, únicos possuidores da capacidade de contrair direitos e obrigações,⁴ pois a modernização da sociedade fez com que surgisse a necessidade de o Estado criar novos sujeitos dotados de personificação, juridicamente capazes, como titulares de direitos e deveres.

A criação da pessoa jurídica permite sejam imputadas a um ente fictício formas de comportamento de caráter humano, tornando possível o desenvolvimento de relações sociais, cuja complexidade se incrementa com crescente vigor no mundo atual. A principal finalidade do instituto é possibilitar o desenvolvimento econômico e social, mediante a reunião de esforços e capitais para que sejam atingidos objetivos de interesse comum, tais como, criação de empregos, geração de receita tributária e perspectivas de desenvolvimento social e cultural.

Observou o legislador que o reconhecimento do homem, apenas, como sujeito de direitos⁵, não poderia prevalecer, mas que deveria alcançar, também, aos agrupamentos de indivíduos que se reúnem para atingir um fim econômico ou social comum. A estes o direito reconhece uma

uma evolução notável das idéias é que a coletividade se abismou para cristalizar-se na unidade, mas unidade autônoma e independente, desaparecendo, a seu turno, o valor do indivíduo, singularmente, como acontecia na universalidade (Lopes, 1989, v. 1, p. 311).

- 3 Diversas teorias tentaram explicar a natureza jurídica da pessoa jurídica, dentre elas: a) a da ficção; b) a da equiparação; c) a orgânica ou da realidade objetiva; d) a da realidade das instituições jurídicas.
- 4 *Ao lado dos seres humanos, individualmente considerados, cuja personalidade jurídica é reconhecida por exigência fundamental da dignidade humana, atribui o nosso direito civil personalidade jurídica às chamadas pessoas colectivas. Sujeitos de relações não são apenas, portanto, as pessoas singulares, como meio técnico de organização de interesses, pode ser atribuída pelo Direito a entes que não sejam indivíduos humanos. [...] No moderno direito a personalidade jurídica, para além dos indivíduos humanos, não é atribuída a quaisquer outros entes que não sejam as pessoas colectivas (de substrato pessoal ou de substrato patrimonial)* (Pinto, 1996, p. 197).
- 5 Constitui-se uma esfera jurídica própria, autônoma e distinta daquela esfera a que pertencem seus membros, possuindo um patrimônio distinto do dos seus componentes, o que é positivado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 20 do Código Civil. E

personalidade jurídica⁶, tornando-os autônomos e independentes daqueles entes que os compõem.

Neste ponto observa-se a função econômico-social da pessoa jurídica, ligada à *realização de interesses comuns ou colectivos, de carácter duradouro*.⁷

Com a personalidade jurídica, o Estado reconhece novo sujeito de direitos, capaz de contrair obrigações e exercer direitos.

Por sujeito de direitos entende-se aqueles entes susceptíveis de ser titulares de direitos e obrigações, titulares de relações jurídicas. Ao se atribuir personalidade à pessoa jurídica, estar-se-á atribuindo aptidão especial para a titularidade de direitos e obrigações perante a ordem jurídica, sendo que, nas pessoas coletivas trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas relacionadas com um empreendimento coletivo, onde todo sujeito de direitos é necessariamente titular de *facto* de relações jurídicas (Pinto, 1996, p. 191/192).

Sendo a pessoa jurídica uma união de esforços e objetivos de várias pessoas naturais na consecução de fins comuns, de forma autônoma e independente de seus sócios, a esta o direito permitiu atuar juridicamente, reconhecendo-lhe a existência, para que adquiriram direitos e contraíam obrigações perante terceiros.

Fábio Konder Comparato salienta que a personalização é uma técnica jurídica para se alcançar determinados resultados práticos:

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, com a

conclui o doutrinador: *São titulares de direitos e destinatários de deveres jurídicos; adquirem direitos e assumem obrigações através da prática de actos jurídicos, realizados em seu nome pelos órgãos* (Pinto, 1996, p. 124).

- 6 Pela *teoria da realidade das instituições jurídicas* de Hauriou, a pessoa jurídica é uma instituição jurídica. A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecem” (Diniz, 1996, p. 26).
- 7 A respeito da função econômico-social da personalidade jurídica, destaca-se o elemento interesse coletivo: *Os interesses respeitantes a uma pluralidade de pessoas, eventualmente a uma comunidade regional, nacional ou ao género humano, são uma realidade inegável: são os referidos interesses colectivos ou comuns. Alguns desses interesses são duradouros, excedendo a vida dos homens ou, em todo o caso, justificando a criação de uma organização estável. Para a prossecução destes interesses comuns ou colectivos e duradouros pode ser conveniente ou até imprescindível estruturar uma coordenação de bens ou de actividades pessoais dos interessados no espaço e no tempo. O tratamento jurídico desta organização de bens e pessoas como um centro autónomo de relações jurídicas permitirá alcançar com mais facilidade os interesses visados ou será mesmo a única forma de os alcançar* (Pinto, 1996, p. 268-269).

parceria marítima, as sociedades ditas irregulares ou a sociedade em conta de participação (Comparato, 1977, p. 268).

Desse modo é possível estabelecer a diferença entre pessoa física e jurídica no tocante à personalidade. Enquanto a pessoa física tem sua personalidade reconhecida por concepções éticas e jurídicas decorrentes da necessidade de se conferir dignidade e respeito a todo ser humano, a pessoa jurídica tem a personalidade como atributo, uma técnica instituída pelo Direito para permitir a consecução de objetivos determinados.

Assim, a concessão de personalidade às pessoas jurídicas resulta de uma necessidade, a conjugação de esforços para finalidades coletivas.

A desconsideração da personalidade jurídica

Essa concessão de personalidade às pessoas jurídicas, em especial o aspecto da autonomia patrimonial, foi interpretada de forma absoluta, de tal modo que o instituto passou a ser utilizado para a prática de atos abusivos ou fraudulentos o que é incompatível com a finalidade que o Direito lhe emprestara. Esse uso indevido decorre do fato de a criação da pessoa jurídica estar ligada a idéia de afetação de um determinado patrimônio, que responderá perante os credores por suas obrigações.

A isso se soma a crescente vinculação entre os conceitos de pessoa jurídica e limitação da responsabilidade, quase estabelecendo a sinonímia entre ambos (Dobson, 1991, p. 61-71), possibilitando a prática de fraudes e abusos, eis que, sob o véu da pessoa jurídica, os sócios sentem-se protegidos de eventual responsabilização pelas obrigações assumidas, haja vista o princípio da autonomia patrimonial.

Para controle do uso abusivo, em flagrante reação à interpretação absoluta do princípio da autonomia patrimonial, surge a doutrina da “desconsideração da personalidade jurídica”, conhecida como *disregard doctrine*, pela qual é possível, em determinadas situações, desconsiderar-se a personificação jurídica do ente fictício para evitar um resultado incompatível com a função que o Direito lhe concedeu. Trata-se, portanto, de verdadeiro instrumento de aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, pois, se de um lado permite que sua função primordial seja atingida, de outro, impede o uso contrário ao Direito.

Nega-se, portanto, o caráter absoluto da personificação, a ponto de tornar-se a desconsideração um valiosíssimo instituto através do qual se prescinde da forma jurídica que lhe fora emprestada pelo ordenamento jurídico, retirando-lhe o véu da personificação do ente coletivo, para determinada situação fática em que se verifica o abuso de direito ou a fraude.

A desconsideração, entretanto, não implica extinção da pessoa jurídica, que é preservada em face dos demais atos de caráter não-fraudulentos que praticou. Há uma suspensão temporária da personificação para um momento ou ato específico, característica própria deste instituto (Requião, 1979, p. 17), em face da não observância da função para a qual foi criada a ficção.

No Brasil o precursor da *disregard doctrine* foi Rubens Requião. Entretanto, o primeiro a fixar bases sólidas para seu desenvolvimento foi Rolf Serick, o qual formulou as quatro proposições seguintes:

- a) quando através da pessoa jurídica burla-se uma disposição legal, uma obrigação contratual ou se causa prejuízo a terceiros ou existe abuso da pessoa jurídica. Somente nestes três casos é possível desconsiderar a pessoa jurídica, pois restou violado o princípio da boa fé;
- b) para desconsiderar a pessoa jurídica não é suficiente alegar que esse remédio é preciso para que se cumpra a lei ou um contrato;
- c) quando as normas jurídicas estabelecem situações que levam em consideração valores especificamente humanos, ou determinadas qualidades destes, então estes valores também são aplicáveis às pessoas jurídicas;

d) se a forma da pessoa jurídica é utilizada para ocultar que na realidade existe identidade entre as pessoas que intervêm em determinado ato, e para que a norma jurídica se cumpra se requer que a identidade dos sujeitos interessados não seja puramente nominal senão efetiva, então será possível desconsiderar a personalidade jurídica (Serick, 1958, p. 242/258).

Dessas proposições, é possível afirmar que o princípio da autonomia patrimonial foi prestigiado, condicionando-se a desconsideração para casos extremos onde houver o abuso ou a fraude.

O art. 50 do novo Código Civil

Muito embora a *disregard doctrine* prescindia de positivação para ser aplicada, houve por bem o legislador consagrá-la no art. 50 do Código Civil, honrando a tradição do direito brasileiro. Como destacou Miguel Reale, a inclusão da *disregard doctrine* no Código Civil teve por finalidade prevenir e repelir os abusos.

A primeira redação⁸, contudo, não agradou a diversos doutrinadores⁹, tendo recebido inúmeras críticas, simplesmente porque a principal característica

8 *A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.*

9 Dentre as diversas críticas é possível destacar: Justen Filho, 1987, p. 153; Oliveira, 1979, p. 556; Koury, 2000, p. 144.

desta teoria é desconsiderar episodicamente a personificação, sem que isso importe na extinção da pessoa jurídica. Isso não obstante, a redação previa, para o desvio de função da pessoa jurídica, a pena de dissolução, o que é incompatível com a *disregard doctrine*.

Após sugestão de Rubens Requião, também rejeitada¹⁰, o art. 50 do novo Código Civil positivou a teoria da desconsideração, com a seguinte redação:

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.

O abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível, ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental (Justen Filho, 1987, 121), justificando a

desconsideração.

Ressalta Requião, quanto ao abuso, que a *relatividade do direito da personalização jurídica nos leva, numa rápida digressão, à teoria do abuso do direito* (Requião, 1979, p.15), segundo a qual a comunidade permite o uso de prerrogativas especiais para assegurar a sua conservação e garantir-lhe uma finalidade não defesa em lei.

A concessão de personalidade à pessoa jurídica corresponde, desse modo, a uma prerrogativa concedida pela comunidade, desde que atendidos determinados requisitos e respeitados os princípios que orientam o ordenamento jurídico. Assim, é permitido, mediante a personificação, que a pessoa jurídica venha a ser sujeito de direitos e obrigações.

Esses direitos e obrigações poderão ser exercidos pelas mais diversas formas. Se for escolhida uma forma vedada pelo ordenamento, danosa para os demais componentes da comunidade, estará ocorrendo o desvio da função prevista para o instituto, justificando-se uma reação que, no caso, conduz à desconsideração.

10 *Formula sua emenda ao art. 48 que, em seu entender, deveria ter a seguinte redação: "A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinam a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócio. Neste caso, o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os bens incorporados na sociedade para a sua participação no capital social. A simples leitura da proposta do Prof. Requião desde logo demonstra que, tendo o ilustre comercialista paranaense acertado quanto à crítica, não foi feliz quanto ao substitutivo sugerido* (Oliveira, 1979, p. 557).

Dado o abuso, portanto, de um atributo que a lei lhe havia outorgado, afasta-se a aplicação do princípio da autonomia patrimonial e da existência distinta das pessoas físicas que a compõem.

As condições para a desconsideração

O texto do art. 50 do Código Civil enumera duas formas de abuso da personalidade jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial:

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.

Por desvio de finalidade deve-se entender aquela pessoa jurídica que pratica atos incompatíveis com o seu contrato social ou estatuto, gerando obrigações que não guardam relação com a finalidade para a qual foi instituída.

Não se trataria propriamente de desconsideração, porque o desvio de finalidade está ligado à idéia de excesso de poder e abuso de poder que, por sua vez, estão ligados à teoria *ultra vires*, de origem anglo-saxônica. Esta considera a existência da sociedade ape-

nas para a realização do objeto social, sendo perigosos os atos que violam esse mesmo objeto, tanto para os sócios quanto para os credores, devendo, por conseguinte, ser considerados nulos os atos praticados *ultra vires* (Alberton, 1993, p. 5).

Não se confundem as teorias *ultra vires* e a da desconsideração, pois nesta *se desconsidera a pessoa jurídica para atingir aquele que agiu em fraude à lei ou com abuso de direito; na ultra vires anula-se somente o ato praticado que se tenha desvirtuado do objeto social para o qual foi criada a sociedade* (Alberton, 1993, p. 5).

Flávia Lefèvre Guimarães comenta:

Assim, a sociedade não pode praticar atos que não se adequem ao objeto social; que fujam do tipo de atividade correspondente ao objeto. Esta imposição, prevista nos arts. 302, inc. IV, e 331, do Código Comercial, bem como na Lei das Sociedades por Ações, inspirou-se na teoria do ultra vires, cuja origem está na Inglaterra do século passado (Guimarães, 1998, p. 67).

Apesar das críticas quanto a recepção legislativa da teoria *ultra vires* pela Lei de Sociedade por Ações (Guimarães, 1998, p. 68), nela consta demonstração inequívoca de que o desvio de finalidade, onde o administrador excede os poderes, violando o objeto

social, é hipótese de responsabilidade e não de desconsideração, quando a Lei 6.404/74, no art. 158, estabelece:

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. [...].

Posteriormente, no parágrafo 2º, é estabelecida a responsabilidade solidária dos administradores pelos prejuízos causados, além da responsabilidade, também solidária, daqueles que obtiverem vantagem para si ou para outrem com a prática de ato com violação do estatuto (art. 158, parágrafo 5, da LSA).

Além da teoria *ultra vires*, está relacionada com o excesso de poder a teoria da aparência, onde, *apesar de restar demonstrado o excesso de mandato, não há como se falar em ineficácia dos contratos celebrados em nome da pessoa jurídica, por pessoa que não possuía poderes para tanto* (Guimarães, 1998, p. 64).

Dessa forma, contratando um consumidor frente à pessoa jurídica tem-se que aplicar o prin-

cípio da boa fé (Alberton, 1993, p. 5), não sendo razoável exigir dele que tenha conhecimento se aqueles com quem está contratando possuem os poderes para fazê-lo.

Quanto à confusão patrimonial, não logrou melhor sorte o legislador, na medida em que não é, por si só, a confusão, pressuposto da desconsideração. Não é não é remédio para um defeito na criação ou manutenção da sociedade personificada (Justen Filho, 1987, p. 135).

Os pressupostos para aplicação da teoria da desconsideração são de natureza funcional, jamais estrutural (Justen Filho, 1987, p. 135), pois não há *como reconhecer a presença de pressupostos da desconsideração sem enfatizar como a sociedade foi utilizada*, eis que seu fundamento é o *abuso funcional na utilização da pessoa jurídica, de molde a provocar um resultado incompatível, no caso concreto, com a previsão abstrata visualizada pelo ordenamento* (Justen Filho, 1987, p. 135).

Sendo a confusão patrimonial um defeito estrutural, não seria possível adotá-la como pressuposto para a desconsideração.

Com efeito, a confusão patrimonial não é, por si só, pressuposto da desconsideração, e que somente poderá ser invocada *para fazer aplicar a desconsideração desde que consistisse em uma utilização inadequada e insatisfatória*

da pessoa jurídica. Ou seja, desde que fosse causa de uma desfunção (Justen Filho, 1987, p. 137):

Mas a confusão patrimonial não é, em si mesma e necessariamente, indicadora da desfunção.

Tratar-se-á, eventualmente, de um conseqüência de um abuso na utilização da sociedade. Em outros termos, a confusão patrimonial será produto e, não, causa da utilização abusiva. Não será a confusão patrimonial que causa o resultado indevido ou insatisfatório, mas será corolário do abuso, cujas raízes se encontrarão em outros fatos.

[...]

E a confusão patrimonial é uma situação estática e estrutural, não funcional. O defeito funcional que é localizável reside, quando muito, na conduta do sócio, que orientou os negócios “societários” em termos tais que produziu a identificação dos dois patrimônios.

Exatamente por isso, inexistente um vínculo de causalidade entre a situação de “confusão patrimonial” e o resultado da “incompatibilidade” entre a função concreta e a função teórica prevista para a sociedade personificada (Justen Filho, 1987, p. 138).

Portanto, a confusão patrimonial que ensejaria a desconsideração é aquela que reflita um abuso na utilização da personificação, pois *o mau uso da pessoa jurídica não consiste na confusão patrimonial, mas a confusão*

patrimonial é (ou pode ser) uma decorrência do mau uso da pessoa jurídica (Justen Filho, 1987, p. 138).

Assim, a confusão patrimonial seria uma conseqüência do uso indevido da pessoa jurídica, pois não será *sempre* desconsiderada a personalidade apenas em razão da existência de confusão dos patrimônios.

No dispositivo em exame, o legislador torna claro que o abuso da personalidade jurídica é caracterizado pela confusão patrimonial, o que equivale à regra de que a pessoa jurídica não existe se ocorrer confusão de patrimônios.

A solução para a confusão patrimonial não seria encontrada na desconsideração, mas na separação de patrimônios, onde, se verificado que é impossível distinguir os bens e direitos da pessoa jurídica daqueles bens e direitos dos sócios, poder-se-á falar em abuso e, daí, desconsiderar tendo *como pressuposto a utilização abusiva, não a confusão patrimonial em si mesma (Justen Filho, 1987, p. 138).*

Comparato (1977, p. 321), ao analisar a confusão patrimonial entre titular do controle e sociedade controlada, destaca que a tendência, no direito moderno, é atribuir, ao titular do controle, responsabilidade pelas dívidas da sociedade controlada negando excepcionalmente o princípio da separação patrimonial entre a sociedade anônima e os seus

acionistas. Sobrevindo a falência da companhia unipessoal,¹¹ menciona o mesmo autor que o Código Civil italiano prevê a responsabilidade ilimitada em caso de insolvência da sociedade por obrigações sociais contraídas no período em que passaram a pertencer a uma única pessoa. Na Inglaterra, a responsabilidade é pessoal dos acionistas pelos débitos sociais.

Concluindo o referido autor:

Já se sustentou em doutrina que, uma vez decretada a falência de companhia cujo número de acionistas é inferior ao mínimo legal, os remanescentes respondem ilimitadamente, pelos débitos sociais contraídos no período em que se verificou essa redução indevida do número de sócios; mas sem que haja decretação da sua falência pessoal, a menos que “aproveitamento do controle, o quotista ou acionista único comece a exercer

o comércio por si só, embora com os meios patrimoniais que eram da sociedade (Comparato, 1977, p. 328).

Ao tratar da distinção entre sociedade formalmente unipessoal e sociedade fictícia, ressalta o autor o estudo de Ascarelli a respeito de negócio indireto, onde se discute a responsabilidade ilimitada do sócio único pelas dívidas sociais (Comparato, 1977, p. 328). Neste estudo, o titular do controle não é, necessariamente, empresário, pois não se confundem as noções econômica e jurídica, razão pela qual, se mantida a orientação de que o acionista majoritário ou aquele que detém o controle será sempre responsabilizado, estar-se-ia impedindo o desenvolvimento econômico, pois a *responsabilidade limitada é fator de progresso econômico* (Comparato, 1977), na medida em que não se pode

11 *Na sociedade anônima unipessoal, apesar de raro, pode o sócio único deixar de prestar garantia aos credores, surgindo, na falência, conflito entre os credores quirografários e os credores com garantia pessoal do sócio.*

Se a sociedade tornou-se unipessoal durante sua existência, não se lhe retira a personalidade jurídica, estabelecendo o art. 206, inciso I, letra “d”:

“Art. 206. Dissolve-se a companhia:

“I - de pleno direito [...]

“d) pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se no mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251; [...]”

Assim, firmou a lei a existência, em nosso direito, da sociedade unipessoal pro tempore, reafirmando o prazo de até um ano “contado da data da assembléia geral ordinária que verificar a unipessoalidade até a assembléia geral ordinária do exercício subsequente”.

Caso não promova o acionista remanescente a assembléia geral ordinária, no prazo de um ano previsto em lei, tornar-se-á responsável solidário pelas obrigações da companhia a partir de então:

A omissão do acionista em fazer convocar, pela administração, a assembléia de verificação no prazo máximo de doze meses, a contar da última assembléia geral ordinária, acarretará a responsabilidade solidária do acionista remanescente pelas obrigações assumidas pela companhia a partir daí, ou seja, após decorridos os doze meses. (Carvalhosa, 1999. v. 4, t. 1, p. 76 a 78).

penalizar justamente aquele acionista que mais se arrisca na empresa.

O mesmo Ascarelli, defende a tese de que, provada a confusão patrimonial entre a sociedade e o controlador, poderia este ser responsabilizado pelas dívidas sociais (Comparato, 1977, p. 329), concluindo que se impõe necessária a diferenciação entre o sócio soberano do soberano qualificado ou tirano, que confunde o seu patrimônio pessoal com o da sociedade.¹²

É nesse contexto que se admite a desconsideração, pois não pode o acionista, sócio ou qualquer dirigente, sob o véu da pessoa jurídica, praticar atos que são, em última análise, do seu exclusivo interesse, conduzindo a pessoa jurídica à falência.

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis (Comparato, 1977, p. 333). E, justifica o referido autor: [...], a pessoa jurídica nada mais é, afinal, 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 (Comparato, 1977, p. 333).

O caminho inverso também seria possível, ou seja, a desconsideração não somente permite responsabilizar o controlador por dívidas da sociedade como, também, responsabilizar a sociedade por atos do seu controlador (Comparato, 1977, p. 335).

Na forma prevista no novo Código, admite-se genericamente que a simples confusão patrimonial conduza à desconsideração, o que não pode ser aceito. Havendo confusão patrimonial tem-se que, primeiramente, buscar a solução preconizada por Justen Filho, a qual consiste na separação de patrimônios. Se não é possível proceder à distinção entre bens dos sócios ou acionistas e os bens da sociedade ou companhia, tem-se o abuso que admite a desconsideração.

Comparato também fornece elementos para se aplicar a desconsideração em caso de confusão patrimonial, elegendo a questão da boa fé do controlador, diferenciando-se, por ocasião da análise do caso concreto, o sócio soberano do soberano qualificado ou tirano, que confunde o seu patrimônio pessoal com o da sociedade, e que tem, como objetivo, fraudar a lei ou abusar do direito que lhe foi conferido, consistente na autonomia da pessoa jurídica e sua responsabilidade limitada, quando for o caso.

12 *Ele distingua o sócio acionista “soberano”, do “soberano qualificado” ou “tirano”, porque, embora ambos tenham o controle social, o último confunde o seu patrimônio pessoal com o da sociedade, degradando-a, assim, à condição de simples instrumento de sua atividade individual. É exatamente nesse sentido que algumas legislações admitem a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, perante terceiros.* (Comparato, 1977, p. 328).

Desconsideração externa corporis e interna corporis.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada externamente – *externa corporis* - ou internamente – *interna corporis*.

Na desconsideração *externa corporis* atinge-se a personificação de outra pessoa jurídica. Os exemplos mais comuns são: a questão envolvendo controlador e sociedade controlada; e a hipótese de extensão dos efeitos da falência.

Havendo confusão patrimonial entre controlador e empresa controlada, é possível a desconsideração. Embora mereça críticas a eleição da confusão patrimonial como critério para a desconsideração, por tratar-se de defeito estrutural e não funcional¹³, o fato é que, desde que esta consista na utilização inadequada da personalidade jurídica, ter-se-á a causa para a disfunção e, portanto, viável a desconsideração.¹⁴

O segundo exemplo da desconsideração *externa corporis* é o da extensão dos efeitos da falência, onde se constata que outra ou outras pessoas jurídicas foram utilizadas indevidamente em abuso de direito ou fraude à lei. Desta-

ca-se, a respeito, o Recurso Especial n. 211.619-SP, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tratou-se de caso em que

a requerimento do Ministério Público, e por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, estenderam-se os efeitos da falência de Resegue Indústria e Comércio S/A às empresas Ricsa Alimentos S/A, Mindol Mercantil Industrial de Óleos Vegetais Ltda., B. J. Agropecuária S/A, Eminosa Empresa de Mineração Ltda., Pemobi Comercial Exportadora Ltda., Agrico Agropecuária Ltda. e TBF Participações Ltda., todas integrantes do Grupo Resegue. Contra essa decisão interpuseram as falidas agravo de instrumento, ao qual se negou provimento. Entendeu a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que haveria apenas um corpo diretivo, indicando que as deliberações de uma ou outra empresa atendiam, afinal, sempre os interesses do grupo. Ademais, o patrimônio seria único, existindo coincidência de sedes administrativas. Assim, para evitar-se um conluio fraudulento a prejudicar os credores, aplicar-se-ia a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, estendendo a todas as empresas do grupo os efeitos da falência.

13 A questão foi abordada pelo professor Marçal Justen Filho, diz, resumidamente, que a confusão patrimonial é uma consequência, um produto do uso abusivo da personalidade, e não uma causa (Justen Filho, 1987).

14 O professor Fábio Konder Comparato, diz, por outro lado, que a confusão *patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, um critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis*. (Comparato, 1977, p. 333)

Como é possível observar, neste caso a confusão patrimonial é um dos critérios, dentre outros, escolhidos pelo julgador para aplicar a desconsideração e, assim, estender os efeitos da falência a outras pessoas jurídicas, que não apenas aquela já falida.

O que se pretendeu demonstrar com os exemplos acima é que, na desconsideração *externa corporis* são atingidas as personalidades de outras pessoas jurídicas que também contribuíram para o abuso ou fraude à lei.

Em se tratando de desconsideração *interna corporis* são atingidos os sócios da própria pessoa jurídica que teve sua personalidade desconsiderada. Neste caso, depara-se com o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica o que conduz à desconsideração e, por conseqüência, são atingidos os patrimônios dos sócios que a compõem.

A extensão das hipóteses de desconsideração não importa em minimizar os critérios clássicos do abuso de direito e da fraude à lei, os quais continuam sendo os mais abalizados para orientar a aplicação da *disregard doctrine*. Pode-se, ainda, considerar que as demais hipóteses de cabimento da desconsideração acabam por subsumir-se às duas situações referidas pelo legislador do novo Código Civil.

O princípio da eticidade como fundamento da desconsideração

Uma das diretrizes na elaboração do anteprojeto do Código Civil foi a inserção de novos valores, destacando-se, três princípios fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

O princípio da eticidade reconhece a participação de valores éticos no ordenamento jurídico, sem descurar-se dos aspectos técnico-jurídicos. Por isso, é comum observar no novo Código regras que levam em consideração o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes.

No tocante ao princípio da socialidade, procurou-se retirar do Código a excessiva individualidade, fazendo predominar o aspecto social, destacando-se, por exemplo, a previsão de que o contrato deverá atender sua função social.

Finalmente, o terceiro princípio é o da operabilidade, caracterizando-se o Código pela facilidade na interpretação e aplicação das suas regras.

Tudo isso para buscar o direito em sua concreção, em *razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma* (Brasil, 2003, p. 16).

Nesse contexto é que se insere no novo Código Civil a *disregard doctrine*, nova instância crítica à disposi-

ção dos aplicadores do direito em face do uso indevido da pessoa jurídica.

Levando-se em conta que a técnica jurídica não pode se sobrepor aos valores éticos que devem orientar a utilização do instituto da pessoa jurídica parece sustentável que as hipóteses previstas no art. 50 do novo Código não são taxativas, permitindo-se a ampliação das hipóteses de desconsideração, sempre que violado o princípio da eticidade.

É muito comum a utilização da personalidade jurídica para dissimular as feições nada agradáveis daquele ente criado pelo direito para superar desafios. Se o instituto não respeita os princípios éticos que devem orientar a todos na consecução de seus objetivos, é possível, ao menos em tese, superar a personalidade jurídica. Não se trata de abuso de direito ou fraude à lei, mas da violação de princípios éticos.

Imagine-se a hipótese em que a pessoa jurídica, ainda que não estivesse em situação de abuso de seu direito ou de fraude à lei, estivesse atuando de forma a atingir a dignidade da pessoa humana, uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Em tal caso, a desconsideração não teria simplesmente um caráter de responsabilização daqueles que compõem a pessoa jurídica e que tenham sido atingidos. A desconsideração serviria para determinar àqueles responsáveis pela condução da pessoa jurídica que,

no uso da personalidade, respeitassem a dignidade da pessoa humana e cumprissem sua função social.

Poderiam surgir questionamentos a respeito de problemas sobre se a pessoa jurídica tem ética, e em que ela consiste, considerando-se que se trata de atributo psicológico dos seres humanos. Remontando ao platonismo, sabedoria, coragem e sobriedade e, sobretudo, justiça, são virtudes do indivíduo e do Estado. Se à época de Platão pudéssemos falar em entidades ideais entre o indivíduo e o Estado, seriam elas titulares das mesmas qualidades subjetivas?

A solução pode prescindir do enfrentamento de tal questão, quando se verifica que a desconsideração atinge aqueles que compõem a pessoa jurídica, geralmente pessoas físicas. Nesses casos, a desconsideração afastaria a personalidade e atingiria a estas que, por sua vez, seriam obrigadas a reconhecer os valores objetivos que norteariam sua conduta, dentre eles a dignidade humana.

Mas o questionamento acima exige respostas, se tivermos em conta que é comum a formação de pessoas jurídicas por outras pessoas jurídicas, onde a desconsideração importaria em atingir a estas, e não as pessoas físicas.

Não podemos nos afastar das noções básicas que orientam o comportamento social do homem, que são de três ordens: religiosa, moral e costumeira, sendo

possível imputar à pessoa jurídica algumas destas condutas porque, em última análise, o comportamento da pessoa jurídica não deixa de confundir-se com o comportamento daqueles que a conduzem nas suas relações comuns.

Além desses tipos de comportamento peculiares das pessoas físicas, é possível elencar um tipo de conduta específica da pessoa jurídica: a concorrencial. Esta pertence a uma ética própria do capitalismo e baseia-se no direito de propriedade, e nos princípios da liberdade contratual e na livre iniciativa, tudo com vistas ao lucro.¹⁵

Esta é a conduta cujo estudo nos interessa.

O direito tem reagido, ainda que timidamente, a essa ética baseada exclusivamente no lucro, estabelecendo alguns limites, os quais podem ser vislumbrados pela redação do art. 170 da Constituição Federal:

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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – a defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IV – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O fenômeno mais evidente é a exigência de que as empresas de um modo geral tenham algum tipo de responsabilidade social, o que é confundindo, muitas vezes, como uma forma de *marketing* com sua divulgação na mídia.

Segundo os princípios norteadores do Código Civil, os quais refletem, ou pelos menos deveriam refletir os anseios da sociedade, é possível sustentar a desconsideração por desrespeito ao princípio da eticidade.

Conclusão

O que deve permanecer, do tema acima enfrentado, é a convicção de que as hipóteses da desconsideração no Código não são taxativas, pois a ausência do abuso de direito ou da fraude à lei não

15 O professor Luiz Fernando Coelho faz uma análise da ética *aética*, pois, segundo ele, a ética atual é, prosaicamente, a ausência de ética, de tal sorte que as pessoas jurídicas, na forma de empresas, pregam a exploração do homem pelo homem legitimado por mecanismos ideológicos baseados em princípios (p.ex., livre concorrência), valores, conquistas (p.ex., autonomia da vontade; Código de Defesa do Consumidor que, na verdade, salvaguarda o consumo e não o consumidor), benefícios e outros mitos (p.ex., responsabilidade social) (Coelho, 2001).

podem impedi-la. Se praticado um ato aético pela pessoa jurídica, esta poderá ter sua personalidade levantada para resgatar a ética que deve orientar seu comportamento no seio da sociedade.

Referências bibliográficas

- ALBERTON, G. da S. (1993). A desconsideração da pessoa jurídica no Código do consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 7, p. 7-29, jul./set.
- BRASIL. (2003). Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale, 3. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- CARVALHOSA, M. (1999). *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva. v. 4, t. 1.
- COELHO, L. F. (2001). *Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- COMPARATO, F. K. (1977). *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT.
- CORDEIRO, A. M. (2000). *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina.
- DINIZ, M. H. (1996). *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva.
- DOBSON, J. M. (1991). *El abuso de la personalidad jurídica – en el derecho privado*. Buenos Aires, Depalma.
- GUIMARÃES, F. L. (1998). *Desconsideração da personalidade jurídica no Código de consumidor: aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad.
- JUSTEN FILHO, M. (1987). *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- KOURY, S. E. C. (2000). *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense.
- LOPES, M. M. de. (1989). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- OLIVEIRA, J. L. C. de. (1979). *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- PINTO, C. A. da M. (1996). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra.
- REQUILÃO, R. (1979). Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 410, p. 12-24.
- SERICK, R. (1958). *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles – el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona: Ediciones Ariel.