

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

WILLIAM DE ANDRADE BARABAS

**SOCIEDADES EMPRESARIAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A
VULGARIZAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

CRICIÚMA

2015

WILLIAM DE ANDRADE BARABAS

**SOCIEDADES EMPRESARIAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A
VULGARIZAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.º Jean Gilnei Custódio

CRICIÚMA

2015

WILLIAM DE ANDRADE BARABAS

**SOCIEDADES EMPRESARIAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A
VULGARIZAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 24 de maio de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Jean Gilnei Custódio – Especialista – (UNESC) – Orientador

Prof.º Fabrízio Guinzani – Especialista – (UNESC)

Prof.º Yduan de Oliveira May – Doutor – (UNESC)

**Dedico esse trabalho à minha avó, por ser
minha referência para toda vida.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, que buscam incansavelmente todos os dias fazer o melhor pela família, que me deram educação para que eu pudesse fazer as melhores escolhas possíveis na vida.

Agradeço à minha namorada, pelas vezes em que me ajudou no que precisei, que teve paciência e pela cumplicidade nesses últimos difíceis anos da vida acadêmica.

Agradeço também ao meu orientador, Jean, que me auxiliou e dedicou seu tempo para que fosse possível à conclusão desse trabalho.

A todos os amigos que confiam em mim, e que em algum momento, de certa forma contribuíram, proferindo palavras fortalecedoras e deram confiança para seguir adiante.

“Maturidade do homem: significa reaver a seriedade que se tinha quando criança ao brincar.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente estudo busca analisar a forma como vem sendo aplicado à teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando incidir nas sociedades de responsabilidade limitada. Trata-se de trabalho monográfico teórico, através de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, onde se empregou o método dedutivo. Num primeiro momento importa conhecer e elucidar questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica, as pessoas jurídicas e as sociedades de responsabilidade limitada. Na sequência, apresentam-se peculiaridades da forma que vem sendo aplicada e entendimentos doutrinários acerca da *disregard doctrine* em diversos ramos do direito. Logo após, busca-se apresentar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ante os casos incidentes da desconsideração, bem como se explana sobre as finalidades da limitação da responsabilidade conferida pelo tipo societário em questão, estuda-se as responsabilidades extraordinárias dos sócios, além de discernir questões relativas à vulgarização da teoria da desconsideração. Por último, traz-se pontos sobre a incidência da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil.

Palavras chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Sociedade Limitada. Vulgarização.

ABSTRACT

This study seeks to analyze how has been applied the theory of disregard of legal entity when faced to limited liability companies. It is a theoretical monograph, through bibliographic, legal and jurisprudential research, which employed the deductive method. Firstly, it is important to know and clarify issues relating to disregard of legal entity, legal entities and limited liability companies. Following, we present peculiarities and doctrinal disagreements about the disregard doctrine in several areas of law. Then, we intend to resent the positioning of the Santa Catarina Court of Justice in incident cases of disregard, as well as explains about the purposes of the liability limitation conferred by this type of company. It is also about the partners' extraordinary responsibilities, besides the issues related to the disregard theory vulgarization. Finally, it brings points concerning the disregard of legal entity incidence in the new Civil Procedure Code.

Keywords: Disregard of Legal Personality. Limited society. Vulgarization

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CTN – Código Tributário Nacional

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

LFRE – Lei de Falências e Recuperação de Empresas

P. – Página

Rel. – Relator

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	13
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	13
2.1.1 Breve Histórico.....	13
2.1.2 Conceitos.....	15
2.2 SOCIEDADES DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.....	17
2.3 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	22
2.3.1 Teoria Maior.....	22
2.3.2 Teoria Menor.....	25
3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
3.1 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	27
3.2 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO FALIMENTAR.....	31
3.3 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.....	34
3.4 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	37
4. A VULGARIZAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	43
4.1. POSSÍVEIS ARBITRARIEDADES DOS JUÍZES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	43
4.2. FINALIDADES DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	46
4.3 RESPONSABILIDADE EXTRAORDINÁRIA DOS SÓCIOS.....	49
4.4. POSICIONAMENTO DO TJ/SC QUANDO A CRITÉRIOS OBJETIVOS MÍNIMOS.....	52
4.4.1 Julgados afetos à teoria maior.....	52
4.4.2 Julgados afetos à teoria menor.....	55
4.5 DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC.....	57
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho resulta-se de pesquisas preponderantemente doutrinárias, com uma breve análise jurisprudencial, cujo objetivo principal consiste em observar a forma como vem sendo aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, demonstrando a vulgarização sofrida nos objetivos desta, e, por conseguinte, uma relativa banalização do instituto da limitação da responsabilidade.

Na atualidade, a sociedade de responsabilidade limitada é o tipo societário mais comum no Brasil. Dessa forma, são as que possuem maior número de incidência da desconsideração da personalidade jurídica, e maior relevância para demonstrar os objetivos do trabalho. Assim, o presente estudo se restringe às sociedades pertencentes ao tipo societário “sociedade limitada”.

No Brasil, recepcionou-se a Teoria Maior e Menor da desconsideração, sendo que estas se aplicam de formas variadas nos diferentes ramos do direito. Por isso, apresentar-se-á uma abordagem teórica de algumas das peculiaridades na aplicação dessas variações no direito pátrio.

Abordar-se-á ainda, questões relativas à importância que a sociedade de responsabilidade limitada desenvolve na sociedade, haja vista que esta estimula o empreendedorismo, gera empregos, contribui desenvolvimento do país, e etc.

As “limitadas” são amparadas pelo princípio da autonomia patrimonial, que separa o patrimônio pessoal dos sócios do patrimônio da sociedade, sendo que, este último é responsável pelas dívidas da sociedade.

Contudo, devido à limitação de responsabilidade, da separação patrimonial, ao mesmo tempo em que deu segurança a quem optasse por constituir uma Sociedade Limitada, abriu-se margem àqueles mal intencionados que quisessem tirar proveito negativo dessa garantia, fazendo “mau uso” da personalidade jurídica, agindo de má-fé e de forma fraudulenta, visando o benefício pessoal, causando prejuízo a terceiros.

Assim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge como uma ferramenta importante para suprimir o abuso causado pelo mau uso da pessoa jurídica, superando a autonomia patrimonial, tornando possível a satisfação do prejuízo sofrido por terceiros com o patrimônio pessoal do sócio responsável pelo

ato lesivo.

O cerne da questão e relevância da pesquisa reside em demonstrar diferentes posicionamentos, que estipulam limites de atuação no uso da desconsideração da personalidade jurídica. Limites que estabeleçam harmonia entre o uso da desconsideração e as garantias conferidas pela limitação da responsabilidade.

Evidenciando-se a divergência prática da desconsideração e limitação da responsabilidade, o trabalho busca apresentar argumentos que ofereçam consonância entre esses institutos, para que o direito de um, não suprima o de outrem.

Por último, será apresentado o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e os critérios aplicados para a incidência da *disregard doctrine*, extraído da jurisprudência, quando oportuno, a ocorrência da vulgarização em questão.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental legal em todos os capítulos.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica é sujeito abstrato, a qual são atribuídos direitos e obrigações. Possui obrigações autônomas, distintas das pessoas de seus sócios, por isso se diz que tem autonomia patrimonial. Dessa forma, suas obrigações não estão necessariamente ligadas às responsabilidades dos componentes (pessoas físicas) da pessoa jurídica.

Por sua vez, a desconsideração da personalidade jurídica surge com a função de atribuir responsabilidade aos sócios. Sempre que houver abuso da personalidade jurídica, com base no que dispõe a teoria da desconsideração, através de determinação judicial, à satisfação dos prejuízos poderão ser direcionados diretamente ao patrimônio do sócio responsável pelo ato ilegal, assim, superando a autonomia que separa o patrimônio da pessoa jurídica da pessoa física dos sócios.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Inicialmente, apresentam-se a origem, conceitos, elementos, e características da desconsideração da personalidade jurídica, para que se tenham noções básicas fundamentais, que facilitem o entendimento do que se trata o instituto ora exposto.

2.1.1 Breve Histórico

De acordo com os dizeres de Oksandro Gonçalves (2009, p.09) a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve sua gênese no direito inglês, com o caso de “*Salomon VS. Salomon Co.*”, sendo posteriormente aprimorado no direito americano, como “*disregard of legal entity*”.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 59) afirma que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um estudo recente. Ulhoa considera Rolf Serick o seu primeiro sintetizador, que 1953, defendia sua tese de doutorado perante a Universidade de Tubigen.

O jurista Rubens Requião relata:

Mesmo nos países em que se reconhece a personalidade jurídica apenas às sociedades de capitais surgiu, não há muito tempo, uma doutrina que visa, em certos casos, a desconsiderar a personalidade jurídica, isto é, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios. Por isso também é conhecida por *doutrina da penetração*. (REQUIÃO, 2014, p. 476)

No Brasil, a *disregard doctrine* chega ao final da década de 60, em uma conferência realizada por Rubens Requião, conforme conta Coelho:

Nela, a teoria é apresentada como a superação do conflito entre as soluções éticas, que questiona a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. (COELHO, 2013, p. 60)

Ainda nas palavras de Coelho sobre o posicionamento supracitado de Rubens Requião, explica que “as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a *disregard doctrine* pelo direito brasileiro” (COELHO, 2013, p. 60).

Coelho (2013, p. 60) explica que o assunto é pacífico na jurisprudência, afirmando que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa, pois, de acordo com o autor, caso deixasse de aplicar a desconsideração alegando ausência de previsão legal, seria o mesmo que favorecer a fraude, contrariando os propósitos do instituto da *disregard doctrine*.

Segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 591) “no Brasil não havia que se falar em “desconsideração” no âmbito legal. Esse princípio só existia, entre nós, em alguns casos jurisprudenciais esparsos”. Diniz relata que, apesar de não haver expressa previsão legal para o instituto, a Consolidação das Leis do Trabalho aparentava aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prescrevendo:

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 serviços.
[...]

§ 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 subordinadas (BRASIL-A, 2015).

Além do art. 2º, §2º da Constituição das Leis do Trabalho, Coelho (1989, p. 36) lembra o que preconiza o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispondo que: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Para o autor, com base nesse preceito legal, o juiz poderia plenamente aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, suprindo as lacunas legais existentes à época.

Segundo Coelho (2013, p. 73) “no direito brasileiro, o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28”.

No Brasil, recepcionou-se a teoria maior e menor da desconsideração, estas que serão posteriormente tratadas.

2.1.2 Conceitos

Para expor, de fato, o que se trata a desconsideração da personalidade jurídica, faz-se mister discorrer sobre alguns aspectos da personalidade jurídica.

Requião define a personalidade jurídica como:

Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetivos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores. Como ocorre com os de qualquer pessoa natural (REQUIÃO, 2014, p. 471).

Como bem apresenta Requião, o “desabrochar” da personalidade é o momento em que a sociedade se torna um ser autônomo, distinto da pessoa dos sócios. Conforme o art. 985, do Código Civil de 2002 (BRASIL-B 2015), “a sociedade

adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

Corroborando o lecionado por Requião, explica Diniz:

Com o registro do estatuto ou contrato social (CC, art. 985) surge a personalidade jurídica e a sociedade passa a ser pessoa jurídica, suscetível de direitos e obrigações, tendo capacidade, inclusive, contratual, legitimidade processual ativa e passiva e responsabilidade civil (contratual, extracontratual) [...] A sociedade, com o registro do seu contrato social, terá, portanto, individualidade diversa das pessoas que dela participam, patrimônio próprio, órgãos deliberativos e executivos (DINIZ, 2014, p. 177).

Sobre a pessoa jurídica, Oksandro Gonçalves aduz:

A criação da pessoa jurídica permite que sejam imputadas a um ente fictício formas e comportamento de caráter humano, tornando possível o desenvolvimento de relações sociais cuja complexidade se incrementa com crescente vigor no mundo atual. A principal finalidade desse instituto é possibilitar o desenvolvimento econômico e social, mediante a reunião de esforços e capitais para que sejam atingidos determinados objetivos de interesse comum: a criação de empregos, a geração de receita tributária e perspectivas de desenvolvimento cultural (GONÇALVES, 2009, p. 33).

Coelho (1989, p. 88-89) diz que a relação do conceito de pessoa jurídica e a teoria da desconsideração andam em direções diferentes, uma vez que a personalidade jurídica separa as relações entre as pessoas físicas que a compõem, a teoria da desconsideração pratica caminho inverso, mas, de forma momentânea, devendo-se atingir somente os responsáveis pelo ato fraudulento ou pelo abuso da personalidade, que são requisitos para a incidência da teoria.

Coelho (1989, p. 89) aponta ser muito comum, dentro de uma sociedade, pessoas apresentarem interesses diversos, assim, tomam decisões individuais que nem sempre estão em consonância com os ideais da sociedade. Dessa forma, na incidência da desconsideração, a punição deve ser tomada de forma individual, preservando àqueles que não participaram da ilicitude.

Ainda nas palavras de Coelho (1989, p. 89) “a *disregard* possibilita a imputação exclusiva do responsável pelo mau uso da pessoa jurídica, preservando-a em validade, e quanto aos atos não fraudulentos em que se envolveu”.

Diniz (2014, p. 588) afirma que, devido à separação da responsabilidade entre sociedade e sócios ante os efeitos da personalidade jurídica, às vezes, ocorre

com que a pessoa jurídica seja conduzida de forma diversa do seu fim, acarretando fraudes e prejudicando terceiros. Assim, surge a necessidade da produção de mecanismos legais, doutrinários e jurisprudenciais, ligados à desconsideração da personalidade jurídica, que coíbam essa prática abusiva e fraudulenta.

Diniz segue dizendo:

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume (DINIZ, 2014, p. 589).

Diniz (2013, p, 589) esclarece “será preciso não olvidar que a *disregard doctrine* pretende alcançar o detentor do comando efetivo da empresa [...] e não os assalariados ou empregados não participantes do controle acionário”.

Marçal Justen Filho, citado por Gonçalves, conceitua a desconsideração da personalidade jurídica como:

[...] a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de 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 (1987, p. 57 apud GONÇALVES, 2009, p. 45-46).

Coelho (1989, p. 92) afirma que “o juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito”.

Nota-se, portanto, que o fato de haver um mecanismo que supere os limites da personalidade jurídica, não significa que tal sobreposição vise se opor à autonomia da pessoa jurídica, mas tão somente em momentos que não atendam os fins a qual direcionam à sua constituição, operando-se na forma e hipóteses passíveis de desconsideração, e ainda somente àqueles que participaram da ação fraudulenta ou abuso de direito.

2.2 SOCIEDADES DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Em relação ao surgimento das sociedades limitadas, explana Coelho (2013, p. 397) “a sociedade limitada foi criada, na Alemanha, no fim do século XIX, para possibilitar a limitação da responsabilidade a pequenos e médios empreendedores, dispensando-os das formalidades próprias das anônimas”.

Requião (2014, p. 576) conta que o surgimento das empresas de responsabilidade limitada, deu-se em consequência da falta de um tipo societário que atendesse as necessidades das empresas de médio e pequeno porte. Explica o autor:

A sociedade anônima, desde o início de sua existência, logo se impôs como perfil de grande empresa, fenômeno que se iniciou no século XIX, para se impor em nossos dias. Ela, com efeito, constitui notadamente a ideal estrutura das *sociedades* gigantes e dos imensos conglomerados e grupos empresariais. Faltava, pois, na escala societária, um tipo mais leve de estrutura jurídica, que atendesse melhor aos propósitos organizacionais das pequenas e médias empresas. O gênio dos juristas modernos concebeu uma sociedade na qual todos os sócios contribuíam para o capital social, mas sua responsabilidade limitava-se ou ao valor da contribuição individual ou ao volume do capital social (REQUIÃO, 2014, p. 576).

Nas palavras de Coelho:

Sua criação é, em relação às demais sociedades, recente, e decorre da iniciativa de parlamentares, para atender ao interesse de pequenos e médios empreendedores, que queriam beneficiar-se, na exploração de atividade econômica, da limitação da responsabilidade típica das anônimas, mas sem atender às complexas formalidades destas, nem se sujeitas à prévia autorização governamental (COELHO, 2013, p. 396).

A sociedade de responsabilidade limitada é o tipo societário mais comum no Brasil, conforme explana Diniz:

A sociedade limitada é, no Brasil, a forma societária mais comum das sociedades simples e empresárias por haver limitação da responsabilidade do sócio-cotista ao montante do capital social por ele subscritos, ou pelo total do capital social até que se dê sua integralização (DINIZ, 2014, p. 348).

Para Coelho (2013, p. 21), um dos fatores que levam à constituição de uma sociedade, é a dimensão que ela atinge. Segundo o autor, o pleno desenvolvimento de uma atividade pressupõe a soma de esforços por mais de um indivíduo interessado nos lucros da atividade.

Coelho leciona:

Na medida, porém, em que se avolumam e ganham complexidade, exigindo maiores investimentos ou diferentes capacitações, as atividades econômicas não mais podem ser desenvolvidas, com eficiência, por um indivíduo apenas. O seu desenvolvimento pressupõe, então, a aglutinação de esforços de diversos agentes, interessados nos lucros que elas prometem propiciar. Essa articulação pode assumir variadas formas jurídicas, dentre as quais a de uma *sociedade* (COELHO, 2013, p. 21).

Nas empresas de responsabilidade limitada, essa aglutinação de esforços é dividida por quotas, sendo cada sócio responsável pelo valor de suas quotas, mas, entretanto, conforme art. 1.052 do Código Civil, respondem solidariamente pela integralização do capital social. Conforme explica Diniz:

Na sociedade limitada, *interna corpore*, cada sócio responde perante ela pelo valor de sua quota, em razão do princípio da divisão da responsabilidade de acordo com a participação de cada um no capital social; mas todos terão responsabilidade social, em relação à terceiro, pela integralização do capital social (CC, art. 1.052), aportando, efetivamente, dinheiro ou bens à sociedade, a título de capitalização, não se lhes imputará qualquer obrigação social que for superior ao montante daquele capital social (DINIZ, 2014, p. 349).

Nesse sentido, aponta Ricardo Negrão (2014, p. 397) “o sócio responde, solidariamente com os outros sócios, pela integralização de todo o capital social, mesmo que tenha integralizado sua parte”.

Coelho (2013, p.434) explana que, com a constituição de uma sociedade limitada “[...] implica a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros. As obrigações de um, portanto, não se podem imputar ao outro”. Assim, a separação patrimonial, que limita a responsabilidade, “é estímulo à exploração das atividades econômicas”.

Em consequência da limitação da responsabilidade e a relação com os credores, Diniz (2014, p. 349) afirma “assim, se o capital social for insuficiente para solver as dívidas, os credores sofrerão a perda”.

Apesar do risco de perda que ficam sujeitos os credores das sociedades de responsabilidade limitada, Coelho (2013, p. 434) aponta que “seu beneficiário indireto e último é o próprio consumidor”.

Coelho segue dizendo:

A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de serviços. Sem essa proteção patrimonial, os empreendedores canalizariam seus esforços e capitais em empreendimentos já consolidados (COELHO, 2013, p. 434).

Coelho (2013, p. 434) explana que a fomentação de investimento em novos produtos e serviços só se tornaram mais viáveis através da limitação da responsabilidade.

Coelho leciona:

A limitação da responsabilidade dos sócios é um mecanismo de socialização, entre agentes econômicos, do risco de insucesso, presente em qualquer empresa. Trata-se de condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresariais, no regime capitalista, pois a responsabilidade ilimitada desencorajaria investimentos em empresas menos conservadoras. Por fim, como direito-custo, a limitação possibilita a redução do preço de bens e serviços oferecidos no mercado (COELHO, 2013, p. 435).

Coelho (2013, p. 435) segue “nesse quadro, o sujeito que negocia com a sociedade limitada sabe – ou deve saber – que tem apenas o patrimônio social por garantia”. Dessa forma, conforme explica, o risco deve ser considerado por quem negocia com uma sociedade à qual a garantia é apenas o patrimônio da empresa. Aduz ainda que “a quebra da sociedade será perda do credor. Desse modo, socializa-se, por assim dizer, a sempre presente possibilidade de insucesso das atividades econômicas”.

Contudo, Coelho (2013, p.435-436) observa que nem todos os credores conseguem agregar taxa de risco aos seus preços, podendo-se citar o “fisco, INSS, trabalhadores e titulares do direito de indenização (inclusive consumidor)”. . .

Nesse sentido, Coelho aponta:

Para essa categoria de credores sociais, a limitação da responsabilidade dos sócios representa, normalmente, prejuízo, porque eles não dispõem dos mesmos instrumentos de negociação dos credores negociais para se preservarem da insolvência da sociedade empresária (COELHO, 2013, p 436).

Alfredo de Assis, explica os motivos e objetivos à quais levaram a criação da sociedade de responsabilidade limitada:

A adoção dos modelos das sociedades de pessoas, que acarretavam a responsabilidade ilimitada de todos os sócios ou, quando não, dos seus dirigentes, desestimulava essas iniciativas para enfrentar um mercado bem mais organizado e de produção em massa. Isso fez crescer o interesse na criação de um novo tipo societário que permitisse aos sócios (i) não depender de autorização governamental para sua criação, (ii) reduzir formalismos, e (iii) gozar da limitação de sua responsabilidade relativamente às operações sociais (NETO, 2012, p. 338).

Segundo Bruno Miragem (2013, p.602) existem dois aspectos que separam a pessoa jurídica da pessoa dos sócios, a separação subjetiva e a objetiva. “A separação *subjetiva* da pessoa jurídica, pela qual sua personalidade não se confunde com a de seus sócios; e a *objetiva*, segundo a qual não se confundem o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus sócios”.

Miragem explica:

Estas características, ao tempo em que auxiliavam, e mesmo estimulavam os riscos de quem se dispunha a empreender e para tanto constituía uma pessoa jurídica, por outro lado, deu ensejo a diversas espécies de abusos, ou seja, de mau uso, ou irregularidades realizadas pelos sócios e administradores (MIRAGEM, 2013, p.602).

Sobre as características das sociedades de responsabilidade limitada, Negrão (2014, p. 392) aponta ser à limitação da responsabilidade de seus sócios é a principal característica.

Consoante ao que dispõe Negrão, Gonçalves (2009, p. 43) discorre dizendo que “isso porque a característica mais marcante da pessoa jurídica de responsabilidade limitada, como o próprio nome sugere, é limitar a responsabilidade dos sócios que a compõem, limitando, também os riscos”. Para o autor, a responsabilidade está limitada ao patrimônio da sociedade.

Gonçalves explica:

Essa limitação é reforçada pelo princípio da autonomia patrimonial, que insculpido no Código Civil brasileiro, art. 20, o qual estabelece que a pessoa jurídica tenha existência distinta da dos seus membros, possibilitando que apenas o patrimônio da sociedade de ser responsabilizado pelas dívidas, pois, em princípio, a limitação está no seu próprio patrimônio (GONÇALVES, 2009, p. 43).

No entanto, como já se sabe, a responsabilidade dos sócios poderá ser superada em ocasiões específicas, conforme aduz Coelho (2013, p. 436) “[...] os sócios respondem pelas dívidas da sociedade, em casos excepcionais”.

Assis leciona:

Se o sócio não tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações sociais, nem mesmo em caráter subsidiário, certamente o credor não se pode voltar contra ele. Então, a questão da responsabilidade do sócio, que decorre do seu estado de sócio, é interna e, como tal, deve ser tratada como decorrente das relações jurídicas formadas entre sócio e sociedade (NETO, 2012, p. 343).

É ampla a legislação aplicável às sociedades limitadas. Segundo Negrão (2014, p. 399) “além das regras próprias, previstas nos arts. 1.052 *usque* 1.087, a sociedade limitada rege-se, nas omissões, pelas normas da sociedade simples e, supletivamente, pelas regras das sociedades anônimas”.

2.3 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito pátrio reconhece e admite a prática de duas teorias para serem aplicadas às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica: Teoria Maior e Teoria Menor da desconsideração.

2.3.1 Teoria Maior

A Teoria Maior defende o uso excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, sempre que caracterizado a fraude ou confusão patrimonial. Coelho (2003, p. 36) considera como a teoria “mais elaborada, de maior consistência e abstração”.

Coelho explica:

Há no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da

personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria maior (COELHO, 2007, p. 36).

Na Teoria Maior, a simples inadimplência não autoriza a superação da autonomia patrimonial visando satisfazer o crédito. Conforme aponta Tepedino (2008, p. 10) “exige-se a demonstração de fatos atribuíveis ao sócio ou administrador que frustrem legítimo interesse do credor mediante manipulação fraudulenta da pessoa jurídica”.

Sobre o tema, Coelho ressalta:

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam (COELHO, 2003, p. 36).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald discorrem:

A teoria maior propugna que somente poderá o juiz, episodicamente, no caso concreto, ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como forma de combate a fraudes e abusos praticados através dela. Esta tese diferencia, com nitidez, a teoria do *disregard* de outras figuras jurídicas que imponham a responsabilidade pessoal do sócio (como a responsabilidade por ato de má gestão nas sociedades anônimas) (CHAVES; ROSENVALD, 2008, p. 281).

Alguns autores reconhecem a Teoria Maior em duas vertentes: subjetiva e Objetiva. A primeira, subjetiva, conforme aponta Coelho (2007, p. 44) é considerada um problema para a doutrina, pois se faz necessário à comprovação do uso fraudulento ou abusivo, com base no *animus* do sócio ou administrador.

Coelho aduz:

A teoria da desconsideração elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração do legítimo interesse do credor. Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer as dificuldades que essa formulação apresenta no campo das provas. Quando ao demandante se impõe o ônus de provas intencionalmente subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao

próprio direito, em razão da complexidade das provas dessa natureza. Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica, ou mesmo a doutrina, em estabelecer presunções ou inversões do ônus probatório (COELHO, 2007, p. 44).

Conforme aponta Coelho (2007, p. 44) o uso da teoria maior em sua vertente subjetiva pode ser um problema quando observado o campo das provas, pois comporta a necessidade da efetiva verificação da fraude ou abuso da personalidade.

No entanto, a vertente objetiva da teoria, é pautada na confusão patrimonial, que para Coelho (2013, p. 67) “a importância dessa diferença está ligada à facilitação da prova em juízo”.

Acerca do tema, Tomazette dispõe:

Sem sombra de dúvida, a confusão patrimonial é um sinal que pode servir, sobretudo, de meio de prova, para se chegar à desconsideração, mas não é o seu fundamento primordial. A confusão patrimonial não é por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio da função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios, mas há o desvio da função da pessoa jurídica, autorizando a superação da autonomia patrimonial; Outrossim, há casos em que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2008, 235).

Coelho explica:

Segundo a formulação objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, fundamentalmente, na confusão patrimonial. Se, a partir da escrituração contábil, ou da movimentação de contas de depósito bancário, percebe-se que a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos dela, ou o inverso, então há suficiente distinção, no plano patrimonial, entre as pessoas. Outro indicativo eloqüente de confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, é a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa. Ao eleger a confusão patrimonial como o pressuposto da desconsideração, a formulação objetiva visa realmente facilitar a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso fraudulento do princípio da autonomia. Mas, ressalta-se, ela não exaure as hipóteses em que cabe a desconsideração, na medida em que nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial (COELHO, 2013, p. 67).

Para Coelho (2013, p. 67) a formulação subjetiva é a mais adequada para ser aplicada nos casos de desconsideração. No entanto, afirma que a formulação objetiva deve ser utilizada como auxílio pelo demandante, para que se facilite o ônus

comprobatório. Sendo assim, pode-se utilizar a desconsideração quando verificado a fraude na confusão patrimonial, entre sociedade e sócios ou administradores integrantes. Contudo, do mesmo modo, deve-se desconsiderar, mesmo que o demandado comprove que não há confusão patrimonial, se, por outro lado, haja fraude.

2.3.2 Teoria Menor

A teoria menor, à qual Coelho (2007, p. 36) refere-se como a menos elaborada, possibilita hipóteses mais abrangentes para que ocorra a desconsideração.

Sobre a Teoria Menor, Coelho leciona:

De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica (COELHO, p. 36).

No mesmo sentido, por via oposta da Teoria Maior, explicam Chaves e Rosenvald:

De outra banda, a teoria menor trata como desconsideração da personalidade jurídica toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio do sócio por obrigação da empresa. Centra seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial (CHAVES; ROSENVALD, 2008, p. 281).

Em decorrência à abrangência de hipóteses para a desconsideração que possui a Teoria Menor, Rafael Lovato (2008, p. 219) destaca “desse conceito, emerge seu escopo: proteger o patrimônio dos credores da pessoa jurídica”.

Devido a facilidade para desconsiderar a personalidade jurídica, parte da doutrina é relutante em relação à formulação da Teoria Menor. Lovato alerta:

É de se reconhecer que a teoria agora tratada é muito perigosa aos sócios das sociedades mercantis e civis brasileiras, pois dotada de um alcance patrimonial fantástico. E justo por isso deve-se ter uma cautela

incomensurável ao dela tratar-se, pois erigida sobre pilares de notável complexidade. Mas essas características não a tornam inaplicável e nem sem importância [...] (LOVATO, 2008, p.219).

Coelho (2013, p. 73) em crítica a teoria menor, explica que “no direito brasileiro, o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28”. No entanto, afirma que não há muita relação entre o mencionado dispositivo e a teoria da desconsideração. O autor ensina que, no caso do art. 28, especificamente falando, essa vertente da teoria se fundamenta na proteção ao consumidor, mas que não se tratam de hipóteses de desconsideração propriamente ditas.

Em resumo, nas palavras de Rafael Lovato (2008, p. 219- 220), tanto a Teoria Maior quanto a Menor, objetiva-se a relativização da pessoa jurídica, e não sua negação, pois, quando incidirem hipóteses específicas, passíveis de desconsideração, há superação momentânea da personalidade jurídica, visto que ela continuará produzindo seus efeitos para os demais casos.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A *disregard doctrine* tem aceitação unânime na doutrina, e atualmente, a legislação pátria dispõe de diversos dispositivos que trazem sua incidência. Neste capítulo, serão abordadas algumas das peculiaridades na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em diversos ramos do direito, mas, aqui, sempre no enfoque da aplicação para as sociedades empresariais de responsabilidade limitada.

3.1 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

De antemão, cabe ressaltar a figura do consumidor. Gonçalves (2009, p. 85) diz que o consumidor surge como “uma nova categoria de sujeito de sujeitos de direito”, pois a Constituição Federal, em seu art. 5^a, inciso XXXII, promove a proteção do consumidor, estando previsto no capítulo de direitos e deveres individuais e coletivos. Mais além, já no art. 170, inciso V, da CF, diz tratar-se também, conforme o autor comenta, “de um princípio de ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna”.

Dessa forma, percebe-se que a proteção não está somente ligada diretamente à pessoa do consumidor, mas também ao mercado, as atividades econômicas em si, que são fator importante ao desenvolvimento econômico. Gonçalves (2009, p. 85) acrescenta que “com isso, são legitimadas as medidas de proteção estatal para assegurar não propriamente o consumidor, mas a sociedade de consumo, pilar da economia de mercado”.

Por outro lado, Gonçalves (2009, p. 88) afirma que o Código de Defesa do Consumidor surge nesse contexto de “constitucionalização do direito dos consumidores, elevando a sua defesa à qualidade de princípio fundamental e da ordem econômica”.

Assim, a tutela que o Estado estabelece ao consumidor, e em relação à importância desses em variados aspectos socioeconômicos, Gonçalves (2009, p. 88) aduz que “há evidente interesse público na proteção e defesa do consumidor, pois

as relações de consumo são a força motriz da economia promovendo a circulação de bens, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano”.

No art. 28 do CDC, estão previstas as hipóteses em que haverá à desconsideração em detrimento do consumidor. São elas: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, nos casos de falência, estado de insolvência, ou ainda nos casos de encerramento da pessoa jurídica ou de sua inatividade quando provocados pela má administração. Nas palavras de Mamede (2013, p. 238) “tais regras, por óbvio, aplicam-se somente a créditos oriundos de relações consumeristas; as demais relações jurídicas se regerão pelo direito privado”.

No entanto, o parágrafo 5^a do art. 28, estabelece que, sempre que a pessoa jurídica for obstáculo para reparar prejuízos sofridos pelos consumidores, o juiz poderá promover à desconsideração. Portanto, evidencia-se que não se trata de um rol de hipóteses taxativas. Explica Rizzatto Nunes:

Acontece que, com a disposição do §5^o, bastante ampla, não só fica a patente o caráter exemplificativo do rol de hipóteses apresentadas como se percebe a disposição da lei em decretar a garantia do ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor em qualquer outro caso em que haja obstáculo ao saneamento do prejuízo [...] (NUNES, 2013, p. 468).

Nunes (2013, p. 471) afirma que o objetivo do § 5^o do art. 28, além assegurar o ressarcimento ao consumidor, busca promover a responsabilização dos sócios, evitando que estes fiquem impunes dos eventuais danos que causarem.

Nunes explica:

Portanto, pode-se afirmar que, independente da verificação de fraude ou infração da lei, será possível, no caso concreto, suplantar a personalidade jurídica da pessoa jurídica obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor (NUNES, 2013, p. 471).

Sobre o mencionado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, Coelho aduz:

Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõe nenhum

superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração (COELHO, 2013, p. 73).

Coelho (2013, p. 73) divide o *caput* do art. 28 em três itens, sendo: “a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência encerramento ou inatividade provocados pela má administração”.

O autor justifica a classificação da seguinte forma:

No tocante ao mencionado na letra *a*, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra *b* dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, isto é, embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador de responsabilidade, nesse caso, poder ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade (sócio ou representante legal), não representando a personalidade jurídica própria da sociedade nenhum obstáculo a essa imputação. Já os fundamentos agrupados pela letra *c* referem-se à responsabilidade por má administração, que é, igualmente, tema diverso de direito societário, em cuja sede a personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos pelo administrador (COELHO, 2013, p. 73-74).

As desaprovações de Coelho (2013, p. 74) referentes aos itens *b* e *c*, tomam por base a hipótese de responsabilização direta do sócio ou representante legal, sem necessariamente haver a superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Coelho explica que “se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia”. No item *b*, o fato de ocorrer ilícito por representante legal da sociedade, não impede que este responda pessoalmente perante o prejuízo a terceiros. Da mesma forma, se sobrevir alguma hipótese a qual trata o item *c*, igualmente acarretará a responsabilização do sócio. No entanto, em nenhum dos casos (item *b* e *c*) faze-se necessário à desconsideração da personalidade jurídica para sanar eventuais prejuízos sofridos por terceiros.

Robson Zanetti (2008, p. 110) explica que em relação ao art. 28, §5º, do Código de Defesa Consumidor, existente divergência por parte da doutrina, segundo ele “a simples demonstração de insolvência não autoriza a desconsideração da

personalidade jurídica. Além desta condição, deve ficar provado o desvio de finalidade ou demonstração de confusão patrimonial”.

Coelho (2103, p. 74-75) também faz ressalvas quanto à redação do § 5º do art. 28, do CDC. Segundo ele, uma rápida leitura no dispositivo, levaria à interpretação de que o mero prejuízo causado ao credor serviria como base para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. Porém, esse entendimento não deve prosperar. Nas palavras do autor:

Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. [...] Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para a operacionalizá-la poderia ser direta, sem apela à teoria da desconsideração (COELHO, 2013, p. 75).

Para finalizar os pontos levantados por Coelho (2013, p. 75), o autor diz que o estabelecido pelo disposto no §5º, art. 28, do CDC, deve-se interpretar “como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário”.

Apesar de ser um tema divergente, para Gonçalves (2009, p. 103-104) o entendimento é que a interpretação adequada seria já exposta por Coelho, que prega a aplicação restrita da teoria da desconsideração, assim, o simples prejuízo sofrido pelo consumidor, não é fundamento válido para proceder à desconsideração da pessoa jurídica.

Vertente essa, que também é defendida por Luciano Amaro. Corroborando o já lecionado por Coelho, de acordo com Amaro, (1993, p. 178 apud GONÇALVES, 2009, p. 104) “o enunciado do parágrafo é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o *caput* do artigo e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração [...]”.

Outro ponto em destaque a observar no *caput* do art. 28 é a permissão para desconsiderar a personalidade jurídica no caso de falência quando decorrente de má administração. Gonçalves (2009, p. 105) diz se tratar de norma de aplicação

restrita, assim “se a falência não decorrer de má administração não será possível desconsiderar”.

No entanto, o cerne da questão, volta-se a demonstrar o que o legislador pretendeu ao utilizar o termo “má administração”. Gonçalves (2009, p. 108-110) leciona no sentido de que a falência pode ser fruto de fatores diversos, externos à forma de como os sócios conduzem os negócios da sociedade.

Diante disso, Raquel Sztajn (1992, p. 71 apud GONÇALVES, 2009, p. 104), levanta o questionamento: “se a inatividade ou encerramento da atividade decorrem da vontade dos sócios, não há tutela do consumidor?”.

Gonçalves (2009, p. 108-109) também observa que quando é decretada a falência, a sociedade deixa de ter personalidade jurídica, segundo ele “tornando-se uma massa falida composta pelos bens arrecadados e credores habilitados, possuindo apenas capacidade para praticar determinados atos [...]”. Sendo assim, salienta que se não há personalidade, impossível se torna sua desconsideração.

Ante esses apontamentos, sobre a desconsideração decorrente da má administração, mais prudente é o lecionado por Coelho (2013, p. 74) que afirma tratar-se de hipóteses de responsabilidade dos sócios, que não pressupõe a superação da autonomia patrimonial através da desconsideração.

3.2 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO FALIMENTAR

Nessa oportunidade, analisa-se a possibilidade e adequação no uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de falência.

Gonçalves (2009, p. 119) explica que a desconsideração de pessoa jurídica e a falência caminham em direções diferentes, haja vista que “na desconsideração prevalece a ideia de manutenção da pessoa jurídica, o processo falimentar é orientado no sentido de sua extinção”.

Sobre a aplicação da *disregard doctrine* no direito falimentar, Diógenes Gasparini (2007, p. 5-6) explica que o instituto guarda compatibilidade com qualquer ramo do direito, desde que observados seus pressupostos.

Gasparini aduz:

[...] Não é, ainda que possa parecer, por essa razão e pela sua freqüente utilização nos processos de cunho comercial, instituto exclusivo desse ramo do Direito Privado. É instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, fazer tabula rasa do interesse público, a ignorar direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios. É instituto, pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito (GASPARINI, 2007, p. 5-6).

Além disso, existem dispositivos na Lei Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/05, doravante LFRE) que remetem à existência da *disregard doctrine* no Direito Falimento. Podendo-se citar como exemplo, o caso do art. 82, e art. 22, III, “e”, a qual dispõe ser atribuição do administrador judicial a elaboração do relatório circunstanciado. Na letra da lei, deverá apresentar “relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observando o disposto no art. 186 desta lei”.

Percebe-se então, em análise aos dispositivos supracitados, que a LFRE abre margem para possibilidade da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica à apuração da responsabilidade dos sócios pelos seus atos frente à sociedade. Nesse sentido, Mamede aponta:

Embora o referido artigo 186 tenha se referido apenas a atos que possam constituir crime, o relatório circunstanciado tem, a bem da verdade, uma dimensão maior, como fica claro do artigo 22, III, e, da mesma lei, servindo também para apuração de atos ilícitos civis que possam determinar a responsabilidade civil de seus agentes (empresário, administrador societário, sócios ou terceiros), eventuais fraudes que dêem margem a anulação do ato (aplicado o artigo 166 do Código Civil, a exemplo do ato que, não obstante tenha objeto lícito, tem motivo determinante ilícito, comum a ambas as partes, ou do ato que tenha por objeto fraudar lei imperativa), simulações (conferir o artigo 167 do Código Civil) etc. Particular atenção se deve ter para as hipóteses que, mesmo sem caracterizar ilícito penal, justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsão anotada no artigo 50 do Código Civil (MAMEDE, 2006, p.115-116).

No entanto, Aquino (2005, p. 393) adverte que “a desconsideração da personalidade jurídica não deverá ser utilizada para apuração de responsabilidade dos sócios para o que há previsão expressa na lei falimentar”.

Nesse viés, Carlos Henrique Abrão distingue a apuração de responsabilidade dos sócios, da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica:

A ação de responsabilidade não se trata de responsabilidade derivada da desconsideração da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerente e controladores o aspecto culposos dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da empresa (ABRÃO, 2007, p. 239).

Outra distinção pertinente a ser explanada, é aduzida por Aquino (2005, p. 410), fazendo-se diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência.

Segundo Paiva:

Na primeira hipótese, evidenciado o abuso de personalidade, o juiz decreta a ineficácia da personificação societária em relação a determinadas relações obrigações de forma a alcançar pessoas e bens que ela se esconde para a prática de ilícitos (...). Na segunda hipótese, por exemplo, constatada a existência de duas ou mais sociedades, com personalidades distintas, mas que, na prática constituem uma só, decretada a falência de uma delas, estendem-se a outra os efeitos da quebra, porque se trata de um só patrimônio e controle (PAIVA, 2005, p. 410).

Em relação à decretação da falência extinguir a existência da personalidade jurídica, extrai-se do art. 51 da LFRE que essa permanece conservada até a efetiva liquidação:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, as demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Isto posto, observa-se a possibilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito falimentar. Visto que com a decretação da falência, até a liquidação, permanece a personalidade jurídica, podendo responder por seus

atos, bem como poderá ser apurada a responsabilidade dos sócios dentro do processo de falência, como por exemplo, no momento do relatório circunstanciado, onde, se caracterizado abuso da personalidade, preencherá os requisitos para a incidência da desconsideração.

3.3 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Sob a ótica do Direito do Trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é conduzida por alguns doutrinadores e pela jurisprudência de maneira semelhante ao que acontece no ramo do Direito Consumerista, na égide da teoria menor da desconsideração.

No que diz respeito à desconsideração no Direito do Trabalho, aparentemente, ela está fundada no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (doravante CLT). Confira-se:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

[...]

§ 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 subordinadas (BRASIL-A, 2015).

No entanto, para Carpena (1999, p. 58), trata-se apenas de previsão legal de responsabilização dos sócios, assim, não possuindo relação com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Amorim explica:

Na verdade, tal dispositivo prescreve a solidariedade entre empresas do mesmo grupo econômico, por exemplo, o caso da responsabilidade da empresa de holding pelo débito trabalhista da empresa controlada, ou o da empresa controladora pelas obrigações trabalhistas de sua subsidiária integral etc. (Amorim, 1999, p. 58).

Contudo, se tal dispositivo fizer de fato alusão a casos de responsabilidade, nada obsta à aplicação da teoria da desconsideração da

personalidade jurídica no direito do trabalho, pois, conforme apresentado anteriormente, parcela da doutrina entende que o instituto faz parte da Teoria Geral do Direito. Ademais, o art. 8º da CLT, prevê a possibilidade de aplicação subsidiária do direito comum, observando-se a compatibilidade à legislação e princípios trabalhistas. Conforme se apresenta a seguir:

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (BRASIL-A, 2015).

Isto posto, pode-se se dizer então que tanto art. 50, do Código Civil, como o art. 28, do CDC, e os demais micro-sistemas que trazem no seu bojo, previsão legal para à desconsideração, podem servir de base para à incidência desta nas relações trabalhista. Nesse sentido, aduz Carina Rodrigues Bicalho:

O código de defesa do consumidor (...) estabelece norma de tutela ao hipossuficiente assemelhando-se ao objetivo de tutela do direito do trabalho. Essa similitude de finalidade das normas do consumidor e trabalhista justifica a aplicação da normatização mais ampla do direito do consumidor em detrimento do código civil, que apresenta hipóteses mais restritas da teoria em exame, posto que assegurará garantias mais amplas ao crédito trabalhista (BICALHO, 2004, p.39).

Bicalho (2004, p. 44) defende esse posicionamento fundamentando que, em virtude de o crédito trabalhista ser de natureza alimentar, as normas de outros ramos, que são aplicadas no direito do trabalho, devem ser observadas de uma forma especial. Nas palavras da autora, “o direito do trabalho pode e deve atribuir aspectos peculiares aos institutos que utiliza dos outros ramos da ciência do direito, em razão do crédito que é fadado a defender.”

Gonçalves (2009, p. 59) afirma que “os direitos do empregado são criados em relação ao grupo econômico e não somente em relação à empresa em que está diretamente trabalhando.”

Para Amaro (1993, p. 171) não há necessidade a caracterização da fraude ou abuso de direito da personalidade jurídica, basta fazer parte do grupo econômico para incidir a responsabilização. O autor salienta:

A CLT excepciona a autonomia que resulta da personificação das várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que, além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista da empregadora. Obviamente, o objeto da lei, no caso, foi prevenir situações de possível abuso onde o trabalho pudesse ser utilizado como meio de produção das várias empresas e o ônus de pagar a remuneração respectiva fosse circunscrito a uma das empresas, exatamente aquela que, por ter patrimônio eventualmente inexpressivo, pudesse furtar-se ao efetivo cumprimento de suas obrigações. Atente-se, porém, para a circunstância de que a CLT não exige a prova de fraude nem de abuso para que outras empresas, que não a empregadora, respondam por débitos trabalhistas desta; basta que integrem o mesmo conglomerado para que todas sejam solidariamente obrigadas (1993, p. 171 apud GONÇALVES, 2009, p. 60).

Verificando-se a solidariedade dentre as pessoas jurídicas do mesmo conglomerado, Edilton Meireles (2001, p. 115 apud GONÇALVES, 2009, p. 64) explica ser possível a “execução ser intentada ou se prosseguir contra o devedor solidário, ainda que se aplicando a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.”

Marçal Justen Filho (1987, p. 103 apud GONÇALVES, p. 61) salienta que “enquanto no direito privado são apenas alguns abusos que podem conduzir à desconsideração, no direito do trabalho qualquer abuso leva à desconsideração.”

Bruscatto (2011, p. 218) relata que a Justiça do Trabalho cristalizou o entendimento que, mesmo não havendo fraude ou abuso da personalidade, deve-se desconsiderar a pessoa jurídica em favor ao trabalhador. Afirma que “a justiça do trabalho, na prática, ignora a personalidade jurídica e não reconhece a separação patrimonial e a limitação da responsabilidade”.

Entretanto, para Bruscatto (2011, p. 218) esse posicionamento da Justiça do Trabalho é equivocado, “porque como regra compromete o instituto da personalidade jurídica e o princípio da autonomia patrimonial”.

Nesse viés, o autor conclui:

A finalidade da desconsideração é afastar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade, para atingir os sócios ou administradores ou seus bens, caso tenham agido com abuso ou má-fé, prejudicando terceiros. A *simples insolvência, decorrente de atos praticados*

dentro da normalidade administrativa de uma sociedade, não autoriza a desconsideração (BRUSCATTO, 2011, p. 218).

Gonçalves (2009, p. 66-67) conclui explicando que, embora a doutrina e até mesmo a jurisprudência fundamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em relações trabalhistas com fundamento no art. 2º, § 2º, da CLT, o mesmo refere-se somente a responsabilidade solidária. No entanto, o instituto tem plena aplicabilidade no ramo trabalhista, conforme o autor, “não é necessário a previsão legislativa para se aplicar a *disregard doctrine* jurídica desde que presentes os seus pressupostos: abuso ou fraude à lei”. Além de que, o art. 8º da CLT admite a possibilidade de aplicação subsidiária do direito comum, observando-se sua compatibilidade.

3.4 DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A teoria da desconsideração no direito tributário gera discussão tange haver, ou não, previsão desta no Código Tributário Nacional (doravante CTN). Semelhante ao que já se apresentou nesse estudo anteriormente, a polêmica se direciona em apurar se há espaço para a *disregard doctrine* no âmbito tributário, ou se o que o CTN prevê, são apenas hipóteses de responsabilização de diretores, gerentes e representantes legais de determinada pessoa jurídica.

A questão no direito tributário é abordada de maneira diversa dos demais ramos tratados. Pautado pelo princípio da estrita legalidade, conforme destaca Gonçalves (2009), “caracteriza-se no Direito Tributário pela sua tipicidade, que repele a tributação baseada num conceito geral ou cláusula geral”. Assim, se o entendimento for de que o CTN não traz menção expressa à teoria em tela, prejudica sua incidência.

Mais especificamente, levante-se a dúvida pelo que dispõe o art. 135, I e III, do CTN. Confira-se:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL-C, 2015).

Justen Filho contrapõe a hipótese do dispositivo supracitado se referir a teoria da desconsideração, dizendo:

A teoria da desconsideração toma em vista, como aspecto fundamental, o resultado fraudulento. Ou seja, somente há a desconsideração se puder concretizar-se um resultado fraudatório ao direito de terceiro. A desconsideração não é um resultado considerado em si mesmo, como decorrência de atuação indevida ou ilícita. Ou seja, não incidirá a desconsideração em todo e qualquer caso em que o sócio atuar de modo ilícito ou abusivo – mas somente se tal ilicitude ou abuso forem aptos a provocar a fraude a direito alheio, sanável exclusivamente pela via da desconsideração (1987, p. 111 apud GONÇALVES, 2009, p. 68-69).

José Lamartine Correa de Oliveira leciona nesse mesmo sentido:

Não tem sentido em Direito brasileiro enxergar em dispositivos como o do art. 134, VII, do Código Tributário (que responsabiliza, verificados determinados pressupostos, os sócios pelas obrigações tributárias da sociedade) indícios que revelem a presença entre nós das teses da desconsideração. Tal dispositivo significa apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia – no caso, dívida da sociedade. Não envolve qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro (OLIVEIRA, 1979, p. 520).

Gonçalves (2009, p. 70) alerta sobre a diferença da possibilidade de responsabilização do sócio e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Conforme segue:

O não recolhimento do tributo é ato contrário à lei, mas não se dá através do uso indevido da personalidade jurídica, mas por ato ilícito praticado pelos sócios ou administradores, motivo pelo qual se trata de responsabilização direta e não da aplicação da teoria da desconsideração (GONÇALVES, 2009, p. 70).

Gonçalves (2009, p. 73) explica que os dispositivos citados do CTN tratam de previsão de ações contrárias “ao contrato ou à lei, ou excesso de poderes, ocorrendo responsabilização, mas jamais desconsideração, a qual exige uso indevido da pessoa jurídica”.

Segundo Elizabeth Cavalcante Koury (2000, p. 158 apud Gonçalves, 2009, p. 73) à desconsideração em matéria tributária é possível através do previsto

nos arts. 121 e 124 do CTN, “quando se tratar de empresas agrupadas, o que ocorreria principalmente para a distribuição disfarçada de lucros”.

Gonçalves (2009, p. 74) explica que será possível à desconsideração quando houver “interesse comum dos integrantes do grupo para o fim de promover a evasão fiscal”.

Nesse caso, à desconsideração depende de três requisitos, conforme Justen Filho:

a) a prática de um negócio indireto, através do qual se propicia disfarçadamente uma transferência de riqueza da sociedade controlada para o sócio controlador; b) a interposição de uma sociedade personificada entre a pessoa da sociedade e a pessoa do sócio controlador; e, c) a existência de um interesse direto ou indireto sócio controlador na sociedade intermediária (1987, p. 113 apud GONÇALVES, 2009, p. 74).

Dessa forma, o CTN não está prevendo hipóteses de responsabilização direta dos sócios, mas sim a responsabilização solidária entre as pessoas de interesse comum, promovendo a evasão fiscal, e, assim, caracterizando o abuso da personalidade jurídica.

Outro ponto relevante diz respeito à súmula 345 do STJ, editada em 2010. Confira-se:

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.

Tratando-se de execuções fiscais referentes a créditos não tributários, de acordo com a súmula, considera-se apto o encerramento irregular como motivo para responsabilização dos sócios pelas obrigações da sociedade.

3.5 DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Código Civil de 2002 (doravante CC) a teoria da desconsideração aparece no art. 50. Amparado pela teoria maior da desconsideração, cujo

fundamento é o abuso da personalidade jurídica, que se dá através do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o dispositivo reza:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, 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 (BRASIL-B, 2015).

Diante disso, faz-se necessário alguns apontamentos em relação ao desvio de finalidade e confusão patrimonial. Gonçalves (2009, p. 78) refere-se ao desvio de finalidade como a “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”.

Bruscato Aduz:

Na conduta exposta como desvio de finalidade, entrarão os casos em que os sócios obriguem a sociedade em compromissos que não se coadunam com o objeto social, seja em proveito próprio ou para explorar atividade distinta da originalmente prevista no contrato social, sem que a sociedade detenha recursos para tanto (BRUSCATO, 2011, p. 220).

Segundo Gonçalves, (2009, p. 80) o legislador não foi preciso no que diz respeito à confusão patrimonial, visto que havendo somente confusão patrimonial, ela não é o suficiente para que haja à desconsideração.

Gonçalves (2009, p. 80) afirma que “os pressupostos para aplicação da teoria da desconsideração são de natureza funcional, jamais estrutural”.

Em relação à confusão patrimonial, Justen Filho (1987, p. 109 apud GONÇALVES, 2009, p. 80) elucida que ela por si só, não caracteriza pressuposto da desconsideração, podendo utilizá-la apenas “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 disfunção”.

Gonçalves (2009, p. 81) aduz que “a confusão patrimonial que ensejaria a desconsideração é aquela que reflita um abuso na utilização da personificação”.

Comparato (1977, p. 81 apud GONÇALVES 2009, p. 81) completa dizendo que 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”.

Em relação à confusão patrimonial, Bruscatto explica:

Quando a lei traz a confusão patrimonial, abarca os casos em que os sócios – ou, como é mais comum, um deles: o majoritário na sociedade aparente – pagam dívidas sociais com recursos próprios e, vice-versa, efetuam pagamento de despesas pessoais com recursos da sociedade. Mas não só isso: refere-se, também, ao uso de bens da sociedade como se fossem bens pessoais, e o contrário também, inclusive em relação a movimentações bancárias (BRUSCATTO, 2011, p. 220).

Para Mamede (2013, p. 236) “há confusão patrimonial quando se verifica uma promiscuidade de bens e relações jurídicas entre os sócios e/ou administradores e a sociedade ou, mesmo, entre as sociedades.”

Coelho (2013, p. 77) afirma que o CC não dispõe de nenhuma norma que contemple especificamente à desconsideração da personalidade jurídica. Para Coelho, o art. 50, do Código Civil, traz “uma norma destinada a atender às mesmas preocupações que nortearam a elaboração da *disregard doctrine*”.

Coelho (2013, p. 77-78) explica que, para atender as hipóteses dos artigos que fazem menção à desconsideração, “não pode o juiz afastar-se da formulação doutrinária, isto é, desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais”. Coelho leciona no sentido de que, necessariamente, para incorrer-se à desconsideração da pessoa jurídica, deverá ser devido às causas “repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica”.

Nesse mesmo viés, Bruscatto aduz:

São pressupostos de sua aplicação a existência de mau uso da pessoa jurídica (*agora traduzido em desvio de finalidade ou confusão patrimonial*, de acordo com o regramento do art. 50 do Código Civil), a ausência de patrimônio social e a autorização judicial para que se entre no patrimônio pessoal dos sócios (BRUSCATTO, 2011, p. 218-219).

Para Justen Filho (1987, p. 61-62 apud BRUSCATTO, 2011, p. 220) a teoria maior é a “única compatível com o conceito de desconsideração”. Reforça-se que esta, é absorvida pelo art. 50 do CC.

Bruscato (2011, p. 220), sobre o artigo 50 do Código Civil, explica que “o Código Civil trouxe os necessários eixos pelos quais deve correr a desconsideração da personalidade jurídica no alcance do patrimônio dos sócios ou administradores: desvio de finalidade e confusão patrimonial”.

Bruscato (2011, p. 220) entende que as previsões do art. 50, ainda que sejam apenas duas, são extremamente amplas. O autor segue dizendo que “muitas condutas concretas poderão caber na hipótese de desvio de finalidade, igualmente quando se tratar de confusão patrimonial”.

Finalmente, ainda nos ensinamentos de Bruscato (2011, p. 220-222), para que haja a superação patrimonial da sociedade ensejada pela desconsideração da personalidade jurídica, é necessário mais que a verificação de “simples inadimplência ou, até, insolvência da sociedade”. Bruscato entende que a desconsideração, deve se dar conforme aos ditames da teoria maior, através do abuso da personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Bruscato (2011, p. 222) completa, dizendo que “qualquer pensamento diferente é arriscado e não atende ao rigor técnico, indispensável à segurança jurídica, nem aos interesses sociais”. Pois, havendo uso irregular e indiscriminado do instituto da desconsideração, “*é destruir a limitação da responsabilidade*, o que a médio e longo prazo não interessa à totalidade da sociedade”.

4. A VULGARIZAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Neste capítulo, busca-se apresentar a essência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, apresentando-se o que ela se prestou a produzir de fato e como está sendo utilizada pelos operadores da lei. Além disso, tenta-se mostrar os direitos e finalidades das empresas de responsabilidade limitada, ante a *disregard doctrine*.

4.1. POSSÍVEIS ARBITRARIEDADES DOS JUÍZES NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Partindo da tese que à desconsideração da personalidade jurídica não possui previsão legal expressa, sendo criação da doutrinária e absorvida pelo direito brasileiro como instituto integrante da teoria geral do direito, aplicável a qualquer ramo, desde que compatível com os fins a que busca produzir, deve-se direcioná-la ao caso concreto de acordo com a avaliação do juiz, em relação à sua aplicabilidade ou não.

Sustentando essa tese, conforme já citado por Coelho (2013, p. 77) a aplicação da *disregard doctrine* independe de previsão legal expressa, desde que esteja de acordo com a sua formulação doutrinária.

Como exemplo, Coelho (2013, p. 77) cita o Código Civil, que segundo o autor, o CC não dispõe de norma regulamentadora da desconsideração da pessoa jurídica, explica que é “uma norma destinada a atender às mesmas preocupações que nortearam a elaboração da *disregard doctrine*”.

A falta de regulamentação da teoria em questão, a torna arbitrária aos critérios dos juízes, cabendo-lhes julgar sobre a possibilidade de aplicá-la em cada caso concreto. Bruscatto (2011, p. 217) corrobora, no mesmo sentido, afirmando que a teoria da desconsideração independe de expressa previsão legal, mas, no entanto, “ficava – como fica – porém, *sempre condicionada à apreciação judicial*”.

Sobre o assunto, Carpena relata:

Alguns autores afirmam que há, no ordenamento legal brasileiro, hipóteses contemplando a desconsideração da personalidade jurídica, citando como exemplo os seguintes dispositivos: artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho; artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional; artigo 10 do Decreto 3.708/19; artigos 1º, 117 e 158 da Lei das Sociedades Anônimas; artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o Projeto do Código Civil, dentre outras (AMORIM, p. 58, 1999)

Dentre os dispositivos citados, segundo Amorim (1999, p. 58 – 60), nenhuma dessas normas trata da desconsideração da personalidade jurídica, com exceção do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe pela primeira vez no direito brasileiro, a “menção expressa à desconsideração da personalidade jurídica”, que apesar de tudo, apresentando uma redação em desarmonia “com a elaboração doutrinária da Teoria”.

Coelho Aduz que:

A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e §5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica (COELHO, 2013, p. 78).

Ocorre que, muitas vezes, aplica-se à desconsideração em casos de responsabilidade direta de sócios, como se fosse hipótese de incidência da *disregard doctrine*. Coelho (2013, p. 74) explica que “se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia”.

Coelho (2013, p. 69) explana que a teoria da desconsideração vem sendo aplicada incorretamente, e atribui isso à distorção feita ao princípio da autonomia processual, sendo possível a superação do patrimônio da sociedade pelo simples inadimplência, insolvabilidade ou falência. Ocorre que, de acordo com Coelho, essa distorção leva à aplicação “apressada” da teoria da desconsideração, pois “não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma”.

Coelho Aduz:

A aplicação incorreta da teoria da desconsideração equivale, em outros termos, à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação correta da teoria pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a aplicação incorreta deve ser vista como questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico (COELHO, 2013, p. 69).

Por outro lado, conforme apresenta Coelho (2013, p. 69-70), as perspectivas são animadoras, visto que, cada vez mais “juízes e tribunais têm compreendido os exatos contornos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e só a aplicam nas hipóteses excepcionais”, hipóteses em que ocorrem o abuso da pessoa jurídica.

Ilustrando-se o exposto, confira-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil trata-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Assim, a interpretação que melhor se coaduna com esse dispositivo legal é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. Dessa forma, o encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Precedentes.

3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental não provido.

Corroborando-se o exposto, afirma Fredie Didier Jr.:

Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que lhe dê a oportunidade de defesa (DIDIER, 2009, p. 283).

Dessa forma, nota-se que, devido à falta de regulamentação específica, por ser a *disregard doctrine* de formulação essencialmente doutrinária, e ainda pela divergência acerca de dispositivos, que tratam de casos de responsabilidade pessoal, resultam, não raramente, com manifestações no judiciário, utilizando a desconsideração da personalidade jurídica de forma equivocada, sem sequer analisar o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica. Assim, à ausência de regulamentação específica, de parâmetros legais à aplicação do instituto da desconsideração, acabam com que esta seja aplicada de forma incorreta, além de ensejar certa arbitrariedade por parte do julgador.

4.2. FINALIDADES DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Sendo a limitação da responsabilidade uma das características mais marcantes das empresas de responsabilidade limitada, é também, uma das maiores vantagens desse tipo societário, pois, de acordo com Gonçalves (2009, p. 41-42) “permite que uma parcela do patrimônio seja destinado à busca de um fim comum, mas que se limite em si mesmo, como patrimônio autônomo, independente daquele patrimônio de cada um dos seus componentes”.

O fato de cada sócio ser responsabilizado “apenas” naquilo que investiu à constituição da empresa, é uma forma do Estado fomentar o mercado, o empreendedorismo, a economia, a cultura, etc. Responsabilizar-se a todo aporte feito à sociedade, em si, já é um risco, e até mesmo um receio a quem pretende iniciar uma nova atividade. Nessa linha, Elder (2006, p. 20) explica que “qualquer situação que se arrisca 100% parece ser um caso estranho de risco limitado. Limitado a 100%!?!”.

Contudo, ao menos a separação patrimonial entre sócios e sociedade, serve de proteção e incentivo ao empreendedorismo, que, se por ventura não vier a dar frutos, conforme ensina Zanetti (2008, p. 133), a mera caracterização de insolvência não demonstra base legal para a superação do patrimônio da sociedade. Assim, resguardando-se a responsabilidade dos sócios no que tange ao seu patrimônio pessoal, desde que não seja o caso de abuso da personalidade, sendo utilizada como instrumento de fraude ou abuso de direito.

Zanetti atenta sobre os objetivos da limitada:

A sociedade limitada (CC/2002, art. 1.052 e SS.) visa limitar a responsabilidade dos sócios para que esses não respondam com seus bens pessoais pelas dívidas da sociedade. Os sócios, ao constituírem a sociedade, limitam sua responsabilidade aos aportes que realizam para a formação do capital social perante a sociedade (ZANETTI, 2007, p. 22).

Assim, salvo nos casos de abuso da personalidade, o patrimônio pessoal dos sócios não poderão servir para saldar dívidas contraídas pela sociedade. Teresa Pantoja (2007, p. 99) afirma que “os riscos do empreendimento, na verdade, em lugar de serem *ilimitadamente* suportado pelos sócios da sociedade empresária, são *socializados* por todo o universo em que este atua.”

Justen Filho (1987, p. 121) afirma que é um abuso fazer com que terceiros arquem com os prejuízos causados por determinada sociedade. Contudo, aduz que é um mal necessário e admitido pelo direito, visto que “trata-se de abuso com que a sociedade humana tem de conviver – é o preço que se paga pela promoção do desenvolvimento, poderia dizer-se.”

Pode-se afirmar então, nas palavras de Salomão Filho (2006, p. 243) que “responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador.”

A limitação da responsabilidade não se objetiva a isentar o empreendedor dos riscos futuros. O que acontece é uma realocação do risco, direcionando ao aporte destinado à constituição da sociedade. Analisando-se que para a constituição de uma sociedade limitada, os sócios devem compor o capital com pecúnia ou bens, sendo vedada a contribuição em prestação de serviços, conforme art. 1.055, § 2º do Código Civil, cada quota parte dos sócios comportam valor para constituir o patrimônio social, tornam-se “relativa garantia” a quem venha a negociar com a sociedade, caracterizando-se um dos objetivos centrais desse tipo societário, que é a destinação do patrimônio social a responder pelas obrigações por ela contraídas.

O Princípio da Autonomia Patrimonial é uma das características mais marcantes das “limitadas”. Este ilustra muito bem a forma que esse tipo societário estabelece relações com as obrigações contraídas pelas sociedades, assegurando dimensões diferentes entre o patrimônio dos sócios e sociedade.

Segundo Gonçalves (2009, p. 42) à limitação da responsabilidade está diretamente ligada ao princípio da autonomia patrimonial, afirmando-se que “a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros.”

Coelho (2013, p. 61) entende que tal princípio é estímulo a quem deseja se lançar ao empreendedorismo, visto que proporciona certa segurança ao patrimônio pessoal dos sócios.

Conforme Gilberto Deon e Gabriela Mottin (2009, p. 114), esse princípio “[...] representa, sem dúvida, grande avanço para o desenvolvimento econômico, pois permite que os indivíduos invistam parte de seu patrimônio assumindo riscos limitados de prejuízo (no caso das sociedades anônimas e limitadas).”

Nesse mesmo viés, Gonçalves aponta:

Há inegável vantagem em se limitar a responsabilidade a um conjunto de bens expressamente destinado à consecução de um determinado fim, porque o Estado viu a necessidade de fomentar atividades que beneficiem a sociedade humana criando um privilégio consistente na possibilidade de admitir a existência da pessoa jurídica da dos seus sócios (GONÇALVES, 2009, p. 42).

A respeito do princípio da autonomia patrimonial e os pressupostos da descon sideração da personalidade jurídica, Coelho aduz:

A indisfarçável preocupação dos estudiosos do assunto diz respeito à reafirmação do princípio da autonomia. Os pressupostos da descon sideração são a pertinência, a validade e a importância das regras que limitam, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladores da exploração de atividades econômicas, com o cálculo do risco. Claro está que muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. Essa será a parte do prejuízo dos sócios da sociedade empresária falida; a parte excedente será suportada pelos credores, muitos deles empresários e também exercentes de atividades de risco. A limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista (COELHO, 2013, p. 61)

Ainda de acordo com Coelho (1994, p. 215), decorrendo-se do princípio da autonomia patrimonial, a regra geral é que os sócios, em princípio, não respondam com seu patrimônio por obrigação contraída pela sociedade, pois, segundo o autor, ainda que seja por pessoa que represente a sociedade, “são sujeitos de direito distintos”.

Nessa linha, Gonçalves explica:

Ainda que os sócios possuam patrimônio capaz de satisfazer as obrigações contraídas pela sociedade, o prejuízo causado pela sociedade que compõem não autoriza a desconsideração, sendo exigível, para tanto, estabelecer o nexos causal entre o dano e o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica (GONÇALVES, 2009, p. 51).

Em suma, conforme os ensinamentos de Gonçalves (2009, p. 52), a separação patrimonial da pessoa jurídica somente será superada se verificado o abuso ou fraude, “entretanto, se a pessoa jurídica respeitar aqueles limites fixados pelo legislador, estarão os sócios que a compõem resguardados de qualquer efeito quanto ao seu patrimônio”.

Por conseguinte, a responsabilidade de cada sócio se limita a quota parte que este aportou à sociedade, que, conforme Gonçalves Neto (2012, p. 28), “esse quinhão substitui, portanto, os bens de que se desfez e passa a integrar o patrimônio do sócio. Nele, portanto, é que os credores do sócio podem buscar a garantia do pagamento de seus créditos.”

4.3 RESPONSABILIDADE EXTRAORDINÁRIA DOS SÓCIOS

Devido à confusão muitas vezes demonstra, cumpre aqui apresentar, de forma mais clara, a diferença dos casos em que os sócios respondem diretamente por atos ilícitos próprios, atos que, por culpa ou dolo causam prejuízos a terceiros, e, quando de fato, a responsabilização pessoal será via desconsideração da personalidade jurídica.

Negrão (2014, p. 299) classifica as responsabilidades extraordinárias em três: “a) violação das regras societárias; b) fraude no uso da personalidade jurídica – aplicação da teoria da desconsideração; c) responsabilização por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas.”

Alterando-se a ordem da classificação mencionada por Negrão (2014, p. 299-300), tratando-se primeiro dos itens “a” e “c”, no que diz respeito ao primeiro, o autor explica que “são fatos objetivamente identificados na lei”. Com exceção dos casos que visam fraudar credores, “são hipóteses em que o legislador estabeleceu a responsabilidade do sócio perante os credores da sociedade, por transgressão de regras societárias pertinentes a cada tipo societário”.

Em relação ao item “c”, Negrão (2014, p. 300) explica que, “o sócio, agindo com culpa ou dolo, pratica atos que causam prejuízos a terceiros e que são, desde logo, por força de lei ou contrato, atribuídos a ele pessoalmente.”

Por último, item “b”, seguindo o estabelecido por Negrão (2014, p. 300), refere-se à fraude, que “é o elemento utilizado para prejudicar credores por meio do uso da personalidade jurídica, como ocorre nos casos em que se admite a desconsideração da personalidade jurídica.”

Evidencia-se, portanto, contrariando a forma como alguns dispositivos são aplicados, ou até mesmo a maneira que foram redigidos, podendo-se citar como exemplo o art. 28 do CDC, já criticado por Coelho (2013, p. 73), que se precipita ao sujeitar a responsabilização de sócios através da desconsideração da personalidade jurídica, quando para isto, há meio hábil para incumbir responsabilidades.

Retornando-se ao item “a” (violação das regras societárias), Negrão (2014, p. 300) aduz “encontra-se atualmente inscritos no Código Civil, em artigos que preveem não somente a infração à regra contratual, como também a mesma sanção para sua ocorrência”.

No tocante ao item “c” (responsabilização por culpa ou dolo), Negrão leciona:

Com freqüência se associam as expressões “atos ilegais” ou “violadores do contrato social” à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Embora se entenda que em alguns casos tais atos podem caracterizar essa situação, em outros apenas indicarão a existência de culpa ou dolo por parte do sócio e, em razão da lei, do contrato ou do ordenamento societário, será ele diretamente responsabilizado por esses fatos (NEGRÃO, 2014, p. 307).

Sobre as expressões “atos ilegais” e “atos de violação do contrato social”, Carlos Celso Orcesi da Costa esclarece:

Aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas para os fins dos princípios da responsabilidade o não pagar pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa, nem responsabilidade contingente. Se a sociedade desvia o numerário, e não paga ou se em estado de pré-falimento, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo, e, conseqüentemente, haveria responsabilidade (COSTA, 1984, apud NEGRÃO, 2014, p. 307).

Coelho destaca muito bem os casos que devem ensejar à desconsideração de outras hipóteses de responsabilidade:

O pressuposto da licitude serve, em decorrência, para distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária, hipóteses estas que não guardam relação com o uso fraudulento da autonomia patrimonial. A responsabilização, por exemplo, do administrador de instituição financeira sob intervenção por atos de má administração faz-se independentemente da suspensão da eficácia do ato constitutivo da sociedade. Ela independe, por assim dizer, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica da instituição financeira. Tanto faz se a companhia bancária é considerada ou desconsiderada, a má administração é ato imputável ao administrador (COELHO, 1999, p. 43 apud NEGRÃO, 2014, p. 309)

Corroborando-se à distinção entre responsabilização e desconsideração, Bruscato (2011, p. 214) afirma que “a responsabilização por infração à lei ou ato constitutivo ou por ato praticado com excesso de poder é legalmente prevista, não necessitando aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica”. Conforme o autor, para casos de responsabilização, à legislação específica encarrega-se de aplicá-la.

Bruscato aduz:

É preciso não confundir a responsabilização e a desconsideração. Ambas têm em comum o fato de buscar bens no patrimônio pessoal dos responsáveis ou impor sanção aos sócios ou agentes sociais, embora em cada uma das possibilidades isso se dê de modo diverso. No caso da responsabilização, basta a prova do ato previsto em lei e do prejuízo. Na desconsideração é necessário provar que o ato do qual decorreu o prejuízo foi abusivo, já que, em regra, a aparência é de legalidade, como se verá (BRUSCATO, 2011, p. 2014).

Bruscato (2011, p. 2014) alerta sobre dispositivos como o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e art. 34 da Lei Antitruste, que, segundo ele,

carecem de precisão técnica em sua redação. “Neles, o legislador arrola como desconsideração várias condutas que correspondem, na verdade, à responsabilização.”

Percebe-se, mais uma vez, que se o prejuízo causado a terceiro não tiver relação com abuso da personalidade, não será hipótese de incidência da teoria da desconsideração. Ainda de acordo com Coelho (2013, p. 74), “se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar o superamento de sua autonomia”.

Retornando-se à classificação de Negrão (2014, p. 301), agora, tratando-se do item “b” (fraude no uso da personalidade jurídica – aplicação da teoria da desconsideração), baseia-se no abuso da personalidade, através do desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, “que se podem materializar por uma infinidade de formas fraudulentas e que causam prejuízos aos credores.”

Concluindo-se o paralelo apresentado a fim de elucidar casos de responsabilização em face da teoria da desconsideração, pode-se definir como, por Zanetti (2008, p. 100), “a responsabilização dos sócios, independentemente do exercício da administração, decorre da violação de dispositivos legais e contratuais”. Enquanto, na desconsideração da pessoa jurídica, conforme ensina Bruscato (2011, p. 2016), os prejuízos causados a terceiros, em situações em que a lei não consegue prever, decorrentes do uso fraudulento da pessoa jurídica, aplica-se então e *disregard doctrine*.

4.4. POSICIONAMENTO DO TJ/SC QUANDO A CRITÉRIOS OBJETIVOS MÍNIMOS

No que tange à jurisprudência e seus critérios objetivos mínimos, pode apresentar-se em duas correntes distintas: requisitos da teoria maior ou menor da desconsideração.

4.4.1 Julgados afetos à teoria maior

Nota-se nas jurisprudências relacionadas às relações jurídicas cíveis, a padronização das decisões, voltadas ao atendimento dos requisitos do art. 50, do Código Civil, o qual adotou a teoria maior da desconsideração.

Baseando-se nos casos em que à desconsideração incide hipóteses de abusos da personalidade jurídica, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vem decidindo da seguinte forma:

AGRAVO POR INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, EM FACE DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DE RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS PELO CAPITAL SOCIAL NÃO INTEGRALIZADO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS EM NOME DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA PENHORA E ALEGAÇÃO DE ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DE FORMA IRREGULAR. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZAM O DEFERIMENTO DA MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. TEORIA MAIOR. REQUISITOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL NÃO DEMONSTRADOS. INVIABILIDADE DE EMISSÃO AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SÚMULA 435 DO STJ, AFETO À TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO, INCIDENTE NAS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO, AMBIENTAL OU DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES.

"1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity doctrine) incorporada ao nosso ordenamento jurídico tem por escopo alcançar o patrimônio dos sócios-administradores que se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos, nos termos do que dispõe o art. 50 do CC: comprovação do abuso da personalidade jurídica, mediante desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, em detrimento do interesse da própria sociedade e/ou com prejuízos a terceiros. Precedentes.

2. A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. (PROCESSO TJ/SC 2013.007636-0 AGRAVO DE INSTRUMENTO. Juiz Relator: CARLOS ADILSON DA SILVA. Data 10/03/2015).

No caso supracitado, nega-se provimento ao recurso, atendendo-se rigorosamente o proposto pela teoria maior da desconsideração. Assim, para o presente julgado, a mera insolvência e o fato de a sociedade não estar localizada no endereço indicado no contrato social, por si só, não configuram bases suficientes para ensejarem a superação do patrimônio social.

Confira-se outro caso jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. CARÁTER EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

MÉRITO. EXECUÇÃO EM FACE DE PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO CONTRA SEUS SÓCIOS. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DESSES EM OUTRA EMPRESA. BLOQUEIO DO VALOR PATRIMONIAL DAS COTAS JUNTO AO CAIXA DESSA TERCEIRA SOCIEDADE. REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração (...) (REsp 693235/MT, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 17-11-2009) (PROCESSO TJ/SC 2009.021363-5 APELAÇÃO CÍVEL. Juiz Relator: SALIM SCHEAD DOS SANTOS. Data: 22/07/2010).

Neste julgado, presencia-se o que pode ser chamado de vulgarização da teoria. Trata-se de apelação, onde se verifica que o juiz *a quo* determina a constrição de bens particulares dos sócios, sem a observância dos requisitos do art. 50 do Código Civil. Assim, sem maiores critérios, visando apenas o patrimônio pessoal dos sócios, determina a desconsideração a fim de saldar dívida da sociedade.

Dessa forma, pode-se definir a vulgarização da teoria da desconsideração como a superação incorreta dos limites da responsabilidade dos sócios ante a pessoa jurídica, quando não observado os requisitos estabelecidos pela *disregard doctrine*, ou ainda, quando aplicado equivocadamente dispositivos que estabelecem hipóteses de responsabilidades dos sócios, mas são utilizados como hipóteses de desconsideração.

Nas palavras do Relator:

Note-se que a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. [...] Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório. (PROCESSO TJ/SC 2009.021363-5 APELAÇÃO CÍVEL. Juiz Relator: SALIM SCHEAD DOS SANTOS. Data: 22/07/2010).

Em julgados mais antigos o entendimento era diverso. Conforme demonstra-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DE BENS DE SÓCIO DA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS AUSENTES. INDEFERIMENTO. DECISÃO INCENSURÁVEL. RECLAMO RECURSAL DESATENDIDO.

O simples fato de não haver a empresa de factorização executada equacionado o débito de sua responsabilidade, sendo insuficientes para esse equacionamento os bens por ela indicados à penhora ou o fato de não dispor ela de outros bens de maior valor, não autorizam a incidência automática da denominada teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Para tanto, de mister faz-se a comprovação, pelo credor, da dissolução irregular da sociedade comercial devedora, ou de haverem seus sócios atuado dolosamente infringindo preceitos legais, ou, ainda, quando houver uma confusão entre as pessoas físicas dos sócios e a pessoa jurídica, quando, então, plenamente admissível é a penhora em bens particulares dos sócios que a integram (PROCESSO TJ/SC 2001.005460-4 AGRAVO DE INSTRUMENTO. Juiz Relator: TRINDADE DOS SANTOS. Data: 13/09/2001).

Apesar do caso em tela decidir por não operar a desconstituição da pessoa jurídica, e muito bem esclarecer que os sócios das sociedades limitadas não podem ser responsabilizados com seus bens em execução movida contra a empresa, observa-se o equívoco no que tange ao posicionamento de que seria possível a desconsideração, tendo como base a dissolução irregular da sociedade.

A dissolução irregular, sozinha, sem abuso da personalidade, pode ser objeto de responsabilização dos sócios, mas não o caso de desconsideração da personalidade jurídica. Observa-se ainda a ausência do art. 50, do Código Civil na fundamentação. Assim, negligencia-se os reais fundamentos da *disregard doctrine*.

4.4.2 Julgados afetos à teoria menor

No que diz respeito a casos da teoria menor, é visível como frequentemente a desconsideração da personalidade jurídica é facilmente aplicada.

Com ampla incidência no campo tributário, ambiental e consumerista, o TJ vem julgando feitos relativos à teoria menor da seguinte forma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE INDEFERIU A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ARTS. 3º E 2º, CAPUT, DO CDC. DIFICULDADES FINANCEIRAS E IMINÊNCIA DE ENCERRAR AS ATIVIDADES. FATOS CONFESSADOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, § 5º, DO CDC. INCIDENTE PROCESSUAL QUE PODE SER DEFERIDO NOS PRÓPRIOS AUTOS COM DISPENSA DA CITAÇÃO DOS SÓCIOS. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJSC. CABE AO MAGISTRADO CONHECER O DIREITO. BROCARDOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS (DÁ-ME O FATO, DAR-TE-EI O DIREITO). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - RELAÇÃO DE CONSUMO. A Agravada é fornecedora, nos moldes do caput do art. 3º do CDC: fornecedor é toda pessoa jurídica, privada, nacional, que desenvolve atividade de montagem, construção, produção ou prestação de serviços, bem como a Agravante, ao adquirir este produto e serviço, incidiu nos ditames do caput do art. 2º do CDC: consumidor é pessoa física que adquire produto ou serviço como destinatário final.

II - TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A Agravada não tem condições de ressarcir os prejuízos causados à Agravante (fato confessado) o que preenche os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, conforme os ditames do art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor) (PROCESSO TJ/SC 2014.073346- AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: JULIO CESAR M. FERREIRA DE MELO. Data 15/12/2014).

Trata-se de caso em que a desconsideração da personalidade jurídica foi pautada nos ditames do art. 28 do CDC. Assim, demonstrada a relação de consumo, aplica-se à desconsideração sem observância ao abuso da personalidade, que é fundamento essencial da *disregard doctrine*. Contudo, no direito consumerista, esse fundamento é dispensado.

Noutro caso, decide-se na mesma direção:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRETENSÃO REFUTADA PELO JUÍZO A QUO. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELO CREDOR. PLEITO ALMEJANDO A INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES TIMBRADAS NO ART. 28, § 5º, DO REGRAMENTO CONSUMERISTA. SUBSISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE AS PARTES QUE SE CARACTERIZA COMO DE CONSUMO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO CAPUT DO ART. 28 DO CDC E NO ART. 50 DO CC. INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DISREGARD DOCTRINE. INEXISTÊNCIA DE BENS E ATIVOS FINANCEIROS DA EMPRESA EXECUTADA QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRAM OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS SUPOSTOS PELO CONSUMIDOR. DEVEDORA QUE, ADEMAIS, PERMANECEU SILENTE, NÃO INDICANDO BENS À PENHORA OU IMPUGNANDO O DÉBITO PERSEGUIDO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE SE IMPÕE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nas relações de consumo, por força da denominada Teoria Menor da Disregard Doctrine, é possível o consumidor ver desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora sem que tenha o encargo de comprovar o deliberado uso malicioso da sociedade empresária para gerar riqueza indevida dos seus sócios, bastando que a personalidade da empresa caracterize-se, no caso concreto, como obstáculo para o ressarcimento dos prejuízos que suportou. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.012743-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 07-11-2013).

Assim, uma vez observada à relação de consumo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decide em desconsiderar a pessoa jurídica, atingindo patrimônio pessoal dos sócios, sem a necessidade de demonstrar abuso da personalidade.

Nas palavras do relator:

Sucedede que, ainda que não comprovados os requisitos insculpidos no art. 50 da Lei Civil, conforme consignado na decisão vergastada, tratando-se de relação de consumo, viável a aplicação da "Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica" como forma de se impedir que a insolvência da empresa devedora caracterize-se como óbice à satisfação do débito perseguido pelo consumidor (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.012743-7, de Balneário Comburiu, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 07-11-2013).

Dessa forma, na vertente menor da desconsideração, ou, especificando o caso acima, no direito consumerista, sempre que o ente jurídico for obstáculo ao ressarcimento do consumidor, supera-se o patrimônio social sem que se tenha feito mau uso da pessoa jurídica.

4.5 DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC

Publicou-se o novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2015, lei 13.105, que entrará em vigor 1 (um) ano após a data da sua publicação oficial.

Contando com capítulo específico para a desconsideração da personalidade jurídica, o novo código supre a lacuna processual que reside sobre o tema em questão.

Previsto no capítulo 4 do novo *codex*, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica regulamenta o procedimento da desconsideração, que até então se encarregou a doutrina e jurisprudência.

Tratando de questões como legitimidade, desnecessidade de processo de conhecimento autônomo e conseqüências do acolhimento da desconsideração, a nova lei ainda remete à observância ao estabelecido nas leis materiais.

Conforme art. 134, §4º da lei 13.105 (BRASIL-D, 2015) “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”. Assim, entende-se que ao requerer a desconsideração, deve-se demonstrar que o pedido está amparado e respeitando os requisitos estabelecidos pela lei.

Por fim, o Novo CPC cumpre o papel de preenchimento da lacuna existente na legislação atual, dispondo na forma de proceder no pedido de desconsideração nos casos de abuso da personalidade.

5 CONCLUSÃO

No momento que uma sociedade opta pelo tipo sociedade limitada, a ela é conferido à garantia da limitação da responsabilidade, que, conforme a própria denominação sugere, é a principal característica dessas sociedades.

A limitação da responsabilidade resguarda o patrimônio pessoal dos sócios, limitando o risco de perda ao valor de suas quotas partes aportado à sociedade. Assim, fundando-se no princípio da autonomia patrimonial, a pessoa jurídica responderá pelos seus atos com seu patrimônio.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a limitação de responsabilidade tornou-se importante meio para o estímulo do empreendedorismo, e, conseqüentemente, com reflexo positivo no desenvolvimento e economia do país, abriu-se margem para que essa proteção fosse usada por aqueles de má-fé, aproveitando-se de forma indevida do uso das pessoas jurídicas, agindo de forma fraudulenta, distorcendo os fundamentos que direcionaram sua constituição.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica surge como um importante instrumento de medida excepcional, que busca sanar fraude e irregularidades decorrentes do abuso da personalidade jurídica.

O direito brasileiro recepcionou duas vertentes da teoria da desconsideração: Teoria Maior e Menor.

Para incorrer à teoria maior, deve-se provar o abuso da personalidade, que se dá através da fraude ou confusão patrimonial. No entanto, a teoria menor prevê uma série de hipóteses muito mais abrangentes, sendo que o mero prejuízo a terceiros resulta suficiente para que haja o superamento da autonomia patrimonial oferecida pela limitada.

Dessa forma, a teoria menor protagoniza divergência doutrinária. Isso se dá devido ao fato de que ela possui muitas situações de incidência que não são necessariamente casos de desconsideração, sendo que outras ferramentas legais poderiam ser usadas sem prejuízo algum.

Contudo, o que se observa é a aplicação indiscriminada da desconsideração, mesmo sem a caracterização da fraude e confusão patrimonial, que são pressupostos da teoria.

Isto posto, a vulgarização consiste no uso desconfigurado da teoria, sucedendo-se sem qualquer caracterização do abuso da personalidade; na amplitude estabelecida pela vertente menor, que abre um leque amplo de situações para atingir o patrimônio pessoal dos sócios, mesmo aqueles que não fizeram mau uso da personalidade jurídica; além dos casos de interpretações equivocadas de dispositivos, que trazem hipóteses de responsabilidades pessoais dos sócios, mas são tratados precipitadamente pela desconsideração da pessoa jurídica.

Assim, o uso desapropriado da desconsideração, além de anular por completo a principal garantia conferida pelas sociedades limitadas, nega completamente os fundamentos norteadores da própria *disregard doctrine*, causando insegurança jurídica àqueles de boa fé que se lançam ou cogitam empreender.

Por óbvio, que no caso da teoria menor, na maioria das vezes, visa-se tutelar o mais fraco da relação jurídica, como em situações trabalhistas e por vezes em relações de consumo. Porém, na vertente maior da teoria, verifica-se melhor adequação com os objetivos primordiais da desconsideração.

Portanto, para que seja respeitada a essência da teoria, além da garantia conferida às sociedades de responsabilidade limitada, é imprescindível que a desconsideração incorra com base no abuso da personalidade jurídica, tratando os demais casos de responsabilidade extraordinárias dos sócios com observância nas respectivas medidas do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AMARO, Luciano. **Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, jan./mar. 1993.

AMORIM, Manoel Carpena. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Revista da EMERJ, v.2, n.8, 1999.

AQUINO, Diva Carvalho de. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BICALHO, Carina Rodrigues. **Aplicação sui generis da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no processo de trabalho: aspectos materiais e processuais**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/MG, vol. 39, n. 69, 2004.

BRASIL-A. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 20 de abril de 2015.

BRASIL-B. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 20 de abril de 2015.

BRASIL-C. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm Acesso em: 21 de abril de 2015.

BRASIL-D. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 29 de abril de 2015.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V.2, São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Comercial**. vol II. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed., v. 2 rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. V. 2, São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1977.

CORREA JÚNIOR, Gilberto Deon; MOTTIN, Gabriela Weirich. **A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 62, p. 113-128, nov 2008/abr. 2009

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Da Responsabilidade dos Sócios pelas Dívidas da Sociedade**, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXIII, n. 56, out/dez. 1984.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

ELDER, Alexander. **Aprenda a operar no mercado de ações: Come into my trading room**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Desconsideração administrativa da pessoa jurídica**. In: Revista JML de licitações e contratos, v. 1, n. 2, março de 2007.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 1ª Ed. (ano 2004), 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: Comentários aos Artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 4ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2012.

_____. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

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

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOVATO, Rafael. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e tese sobre a Teoria Menor**. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central, CIDADE, v. 2, n. 1, jun. 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. V. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Manual de Direito Empresarial. 8ª Edição. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2013.

MEIRELES, Edilton. **Legitimidade na execução civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2001.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4ª Edição. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 11 ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7ª Edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo/SP, 2013.

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

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. **Direito Civil: Teoria Geral**. 4ª ed., v. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZTAJN, Rachel. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 2, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Diálogos sobre direito civil, Rio de Janeiro, v. 2, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. V. 3, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETTI, Robson. **Manual da Sociedade Limitada**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.