Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Comerciais: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Brasileiro e Alemão

Elaine Ramos da Silva^(*)

Introdução

Não apenas o Direito Civil brasileiro foi em larga escala influenciado pelo Direito alemão, mas também o Direito Societário¹. O Brasil segue a tradição codificada do sistema continental-europeu e o Código Civil de 1916, ainda em vigor, recepcionou estrutura, princípios orientadores e parte do conteúdo normativo do centenário BGB alemão, em vigor desde 01.01.1900. Também o novo Código Civil que vigorará a partir de 2003² não rompe com o sistema alemão. A despeito da tradição da codificação aqui e lá, o Direito Societário nos dois países apresenta-se dividido em direito codificado e leis esparsas: Alemanha e Brasil contam, além dos respectivos Códigos Comerciais³, com leis sobre Sociedade Anônima⁴ e Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada⁵. À exceção do tipo societário *Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Kommanditgesellschaft – GmbH & Co. KG* (espécie de sociedade comandita, cujo sócio com responsabilidade pessoal é uma sociedade limitada)⁶ e da Sociedade Unipessoal

(*) Mestre em Direito Alemão, Especialista em Direito Europeu, Doutora em Direito Societário Internacional e Comparado, Professora Universitária.

¹ Ver nosso *Rechtsangleichung im MERCOSUL – Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften* anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 99 e segs.

² Lei n. 10.406, de 10.01.2002.

³ Brasil: Código Comercial, Lei n. 556, de 25.6.1850, artigos 287-353 (CC/2002, artigos 984 a 1141). Alemanha: *Handelsgesetzbuch*, Lei de 10.5.1897, §§ 105 a 237.

⁴ Brasil: Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (alterada pela última vez pela Lei 10.303, de 31.10.2001). Alemanha: *Aktiegesetz (AktG)*, de 6.9.1965.

⁵ Brasil: Decreto n. 3.708, de 10.1.1919. No CC/2002, artt. 1055 a 1087. Alemanha: *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, de 20.4.1892.

⁶ Este tipo societário é bastante difundido na Alemanha em primeiro lugar em virtude da limitação da responsabilidade do sócio, já que os sócios comanditários permanecem respondendo apenas com os fundos que entram ou se obrigam a entrar na sociedade, ao passo que os sócios solidariamente responsáveis assumem a forma de uma sociedade limitada, sendo sua responsabilidade restrita ao respectivo capital social desta limitada; em segundo lugar, por questões tributárias. Conf. HEFERMEHL, Wolfgang, *Aktiengesetz – GmbH-Gesetz, Einführung*, München: Beck, 1995, XXXIV-XXXV.

com Responsabilidade Limitada (*Einmann-GmbH*)⁷, na Alemanha, e da Sociedade de Capital e Indústria brasileira⁸, todos os outros tipos societários estão previstos em ambos os ordenamentos⁹, os quais se assemelham quanto à forma, estrutura e regras sobre responsabilidade dos sócios¹⁰. Aliás, a Lei das Sociedades Anônimas de 1976, rompendo parcialmente com o sistema francês que inspirou o legislador da Lei de 1940, aproximou-se da Lei alemã em muitos aspectos¹¹, tais como quanto à estrutura de uma Sociedade Anônima. Também a Sociedade Limitada teve o ordenamento alemão como fonte inspiradora¹², mentor desse tipo societário tão difundido atualmente¹³.

Ambos os países reconhecem positivamente a separação entre a pessoa jurídica, aqui, mais precisamente, como atributo de praticamente todas as sociedades comerciais¹⁴, e os membros que a compõem. Também admitem a possibilidade de se desconsiderar, no caso concreto, a personalidade jurídica de uma sociedade comercial. Enquanto na Alemanha tal hipótese ocorre apenas excepcionalmente, o princípio da independência patrimonial da pessoa jurídica, com a separação de esferas jurídicas relativamente aos sócios e à sociedade, previstos aqui e lá, cada vez mais é atacado pela jurisprudência e pelos legisladores brasileiros.

O presente artigo visa apresentar de maneira comparada a discussão atual sobre a desconsideração da pessoa jurídica nos dois países, de acordo com a doutrina a jurisprudência e a legislação.

I. A personalidade jurídica como problema

Segundo a nossa ordem jurídica, a qual coincide quanto ao conteúdo com a totalidade dos ordenamentos jurídicos, todos os homens possuem personalidade jurídica. Neste sentido, possuem aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

⁷ Este tipo societário, já existente em alguns ordenamentos, restou difundido na Europa com a 12ª Diretiva da Comunidade Européia (Dir. 89/667/CEE, Diário Oficial L 395, de 30.12.1989, p. 40. Conf. nosso *Rechtangleichung* im MERCOSUL (nota 1), p. 170-176.

⁸ Artigos 317 a 323 do Código Comercial, tipo societário atualmente em desuso, haja vista a possibilidade de mascaramento de relação de emprego. Conf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades Comerciais*, São Paulo: Atlas, 1996, p. 100-114.

⁹ Ver nosso *Rechtsangleichung* im MERCOSUL (nota 1), p. 157-158.

¹⁰ Conf. von MANGOLDT, *Das Gesellschaftsrecht Brasiliens im Blick deutscher Investoren*, Hamburg, 1981.

¹¹ Ver MARTINS, Fran, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1, Rio de Janeiro: [s.ed.], 1978, p. 9, e LAMY FILHO, Alfredo, *Pressupostos e objetivos da reforma da Lei de Sociedades por Ações*, in: *Rev. Forense* n. 255 (1976), p. 12. Sobre demais influências ver nosso *Rechtsangleichung* im MERCOSUL, op. cit., p. 99-104 (102-103).

¹² A Sociedade por cotas de responsabilidade limitada serviu-se originariamente da lei portuguesa de 1911 como fonte inspiradora, a qual, por seu turno, inspirou-se na lei alemã de 1892. RAMOS DA SILVA, Elaine, op. cit., p. 101, com outras referências bibliográficas.

¹³ Por várias razões, sobretudo pela ausência de controle excessivo como ocorre nas Sociedades Anônimas, por força de regras de Direito Comunitário sobre publicidade e balanço, fala-se na Europa, inclusive, de uma „europeização“ da GmbH alemã. Ver LUTTER, Markus, *Europa und das Unternehmensrecht*, in: *Ress/Will, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut* n. 118, Saarbrücken, 1988, p. 6 e segs.

¹⁴ À exceção da sociedade em conta de participação, todas as demais sociedades comerciais previstas na lei detêm personalidade jurídica, sejam essas constituídas sob a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria, sociedade em comandita simples e por ações, sociedade por cotas de responsabilidade limitada e sociedade anônima.

A personalidade é, pois, um conceito básico da ordem jurídica, estando consagrado tanto na legislação civil como nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Deve-se, no entanto, ter em mente que esta aptidão para aquisição de direitos e assunção de obrigações não decorre da simples existência de uma pessoa, ser humano. Antes, é um atributo concedido pela ordem jurídica. Lembremos da época em que certas categorias de pessoas, como os escravos, eram tratados como coisas no âmbito da política legislativa. Hoje em dia, porém, reconhece-se juridicamente esta aptidão para todos os homens.

A princípio não seria necessário conceber outros sujeitos de direito. Todavia, por várias razões se reconhece personalidade jurídica a outros entes ou agrupamentos, quais sejam, às pessoas jurídicas.

Quando se fala em pessoa jurídica está-se diante de uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações¹⁵. Aqui novamente se tem a personalidade jurídica como um atributo concedido pelo ordenamento jurídico de cada país¹⁶.

Classificam-se as pessoas jurídicas quanto às funções e à capacidade em pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Essas últimas englobam, entre outras, as fundações particulares, as associações, as sociedades civis e as sociedades comerciais. As últimas serão objeto da presente análise.

O reconhecimento de personalidade jurídica a agrupamentos de pessoas se dá por dois motivos principais. Em primeiro lugar, a personalização objetiva facilitar a participação desses grupos de pessoas na vida jurídica, fazendo com que adquiram individualidade própria, distinta da de seus membros, e assim, com aptidão para agir em nome próprio. Em segundo lugar, opera-se com a atribuição de personalidade jurídica própria uma limitação da sua responsabilidade¹⁷. Aos atos da pessoa jurídica responde apenas seu patrimônio, assim como aos atos dos membros que a compõem não se responsabiliza a pessoa jurídica, mas cada membro, de regra uma pessoa física, individualmente. E se formos pensar especificamente em uma sociedade comercial, o reconhecimento de personalidade jurídica própria autoriza empreendimentos com redução de riscos, já que limitada a responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica¹⁸.

¹⁵ Não só na designação "pessoa jurídica" (artt. 18 a 30 CC/1916 e artt. 40 a 69 CC/2002) ou, no alemão, "juristische Person" (§§ 21 a 89 BGB), aproximam-se os ordenamentos jurídicos sob análise, mas também na definição doutrinária. Sem necessidade de nos filarmos a nenhuma delas especificamente para o fim aqui proposto, conferir, p. ex., GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 174-175, PEREIRA, Caio Mario S., *Instituições*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, p. 254, RODRIGUES, Sílvio, vol. 1, *Direito Civil – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, p. 92 segs. Em alemão ver FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I*, 2: *Die juristische Person*, [s. l.] [s. ed.], 1983, com outras indicações.

¹⁶ A discussão acerca da natureza da pessoa jurídica, cujos principais expoentes são teóricos alemães, nomeadamente, SAVIGNY, WINDSCHEID, Otto von GIERKE, ZITTELMANN, BRINZ, WIEDEMANN, entre outros, é considerada hodiernamente naquele país infrutífera, assim FLUME apud MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg: C.F. Müller, 1985, p. 395, razão pela qual nos absteremos aqui de tratar a respeito.

¹⁷ Assim MEDICUS, op. cit., p. 389-390.

¹⁸ Sobre a análise econômica da responsabilidade limitada conferir a interessante contribuição de ROTH, Günter H., *Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung*, in: ZGR 3/86, p. 371-382.

Formada a sociedade comercial pelo concurso do ato de vontades individuais, devem os seus atos constitutivos ser levados a registro, ocasião em que nasce a pessoa jurídica¹⁹. Um dos principais efeitos da personalidade jurídica é que a sociedade adquire ampla autonomia patrimonial.

O patrimônio é, portanto, da sociedade e, seja qual for o tipo societário, responde este ilimitadamente pelo seu passivo. Nas formas mais usuais de sociedades nesses dois países, quais sejam, as Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada e as Sociedades Anônimas²⁰, a responsabilidade dos sócios se limita, nos termos da lei, respectivamente, às cotas do capital social de cada sócio, desde que integralizado, ou ao preço de emissão das ações.

O princípio da autonomia patrimonial, todavia, pode servir, infelizmente, também para que as sociedades comerciais sejam utilizadas como instrumento para a realização de fraudes contra credores ou mesmo com abuso de direito. Considerando-se a sociedade comercial como sujeito de direitos e obrigações, os interesses de credores ou de terceiros podem vir a ser indevidamente frustrados em razão de atos praticados no seio das sociedades, sejam esses relativos à própria constituição da sociedade, seu funcionamento, bem como alterações em sua substância ou sua extinção. Tomando-se a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como um princípio intocável, tem-se por consequência a impossibilidade de correção de fraudes ou de abuso de direito.

Em razão de fraudes promovidas por meio da personificação de sociedades comerciais, quer vinculadas essas fraudes ao âmbito privado, quer à seara do Direito Público, com o resguardo dos interesses da coletividade, passou-se a elaborar por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados, aqui no Brasil conhecida como doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Na Alemanha, predecessora no tratamento desse tema, tem-se igualmente a prática jurisprudencial como origem, falando-se lá em *Durchgriffsdoktrin*, cuja tradução literal equivaleria à “doutrina da penetração”, o que ocasiona a chamada *Durchgriffshaftung*, ou seja, a responsabilidade por penetração.

Em que pese os ordenamentos brasileiro e alemão vislumbrarem o mesmo problema relativamente à autonomia patrimonial das sociedades comerciais, detectado aqui e lá originariamente pelos tribunais, tratado posteriormente pela doutrina, as semelhanças iniciais dão lugar a divergências na aplicação prática dessa doutrina, como a seguir veremos.

- 1) Discussão doutrinária na Alemanha
- a) Base legislativa

¹⁹ Brasil: Art. 18 CC/1916, art. 45 CC/2002; na Alemanha há diferentes sistemas para a aquisição de personalidade jurídica, dependendo do tipo de pessoa jurídica. Para Sociedades Anônimas (§§ 23 a 41 AktG) e Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada (§§ 1 a 11, GmbHG) vale o sistema de determinação normativa (System der Normativbestimmungen), cujo requisito, como no Brasil, diz respeito à necessidade de registro.

²⁰ Ver nosso Rechtsangleichung im MERCOSUL, op. cit., p. 138-139.

Não está positivado, na Alemanha, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, mas a limitação da responsabilidade dos membros de uma sociedade. Segundo o § 13, n. 2, da Lei que instituiu as Sociedades Limitadas (a seguir designada tão-somente como “GmbHG”), a responsabilidade de uma sociedade por obrigações por ela assumidas limita-se ao patrimônio da sociedade²¹. A Lei das Sociedades Anônimas (designada como “AktG”), em seu § 1, n. 1, 2, possui redação idêntica ao § 13, n. 2, GmbHG, igualmente limitando a responsabilidade frente aos credores ao patrimônio da sociedade.

A desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do Brasil, como a seguir veremos, não encontra previsão legal específica, baseando-se os tribunais no reconhecimento da autonomia patrimonial de uma pessoa jurídica e, no caso concreto, na caracterização de hipóteses em que esta autonomia merece ser desconsiderada, seja por fraude ou abuso de direito, seja em razão de aplicação de outras normas vinculadas à pessoa jurídica. Enfatize-se aqui que a menção ao “caso concreto” por si só já demonstra a análise casuística das hipóteses de desconsideração, denotando, por outro lado, a excepcionalidade da prática, já que a regra permanece sendo o reconhecimento da autonomia patrimonial.

b) Principais teorias

Sem a intenção da exaustividade sobre o tema, destacamos alguns aspectos das teorias desenvolvidas naquele país acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

O primeiro doutrinador a se ocupar da *Durchgriffshatung* de forma sistemática foi o Prof. alemão Rolf Serick²² que, na década de 50, analisou a prática jurisprudencial alemã e norte-americana²³ (*disregard of legal entity* ou ainda *piercing/lifting the corporate veil*)²⁴, segundo a qual, os tribunais vinham se deparando com casos em que a forma legal de uma pessoa jurídica acobertava abusos e/ou fraudes, de modo a autorizar a penetração no seu substrato, sobretudo atingindo seus sócios. O trabalho de Serick encontrou eco em outros países, incluindo o Brasil. Ele fundamenta sua argumentação a partir de um conceito técnico específico de desconsideração, em oposição ao princípio da separação patrimonial. Serick adota um conceito unitário de desconsideração, o

²¹ No original: § 13 GmbHG – (2) “Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen”.

²² SERICK, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Person – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1980 (1. Aufl. 1955). Texto traduzido para o espanhol em 1959 e para o italiano, em 1965.

²³ O primeiro caso que se tem notícia acerca da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu, todavia, perante tribunais britânicos, em 1897: *Salomon v. Salomon & Co.*, narrado no Brasil por REQUIÃO, Rubens, Curso de Direito Comercial, vol. 1, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352 e, de forma didática, por COELHO, Fabio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, vol. 2, p. 31 e segs.

²⁴ Não nos ocuparemos aqui da doutrina norte-americana sobre o tema. Conferir p. ex. BARBER, Incorporation Risks: Defective Incorporation and Piercing the Corporate Veil in California, 12 Pac. L.J. 829 (1985), THOMPSON, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Ver. 1036 (1991), com outras indicações.

qual se vincula a uma concepção unitária da pessoa jurídica, como um ente dotado de essência pré-jurídica, que se contrapõe ao valor específico de cada norma. Alguns autores designam, por isso, esta Teoria como “Unitarista”²⁵. A personalidade jurídica de uma sociedade corresponderia à regra geral, e a sua desconsideração, a uma exceção, quando aquela fosse utilizada com abuso subjetivo de direito (*subjektiver Rechtsmißbrauch*). Daí decorreria a chamada “*subjektive Mißbrauchslehre*”²⁶ (em tradução literal: “doutrina do abuso subjetivo”). Em razão de críticas a esta doutrina, mas ainda permanecendo a ela vinculada, surgiu uma variante que, abrindo mão da subjetividade defendida por Serick, busca critérios objetivos para a desconsideração da personalidade jurídica, quando, por exemplo, ocorre atuação da sociedade contrariamente ao disposto em seus estatutos, à sua função ou ao seu objetivo. É o que os autores na Alemanha designam como “*institutionelle Durchgriffslehre*”, a qual ocorre quando a separação entre a sociedade e os seus membros contrariam à ordem jurídica²⁷.

Não tardaram críticas à teoria desenvolvida por Serick, chegando-se, pouco tempo após a publicação do seu trabalho à elaboração de uma nova teoria, a qual é hoje predominante na Alemanha. Trata-se da “*Normzwecklehre*” (em tradução literal: “doutrina do objetivo normativo”), que surgiu a partir da crítica de Müller-Freienfels em um artigo de 1957²⁸. A idéia defendida por aqueles que a ela se filiam é a de que, respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina. Assim, passa-se a incluir não apenas as situações de fraude para desconsiderar a personalidade jurídica, mas também, situações que, em razão da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não observar a personalidade jurídica no caso concreto. Ou seja, não se trata tão-somente de considerar o problema da pessoa jurídica, mas, antes, o problema da aplicação de normas²⁹.

Uma terceira manifestação doutrinária – designada como “*Mischtheorie*” (Teoria Mista) – tenta conjugar as duas teorias anteriormente mencionadas, distinguindo os casos em que há abuso da forma da pessoa jurídica de duas maneiras: quando há abuso em razão de objetivos escusos e quando há normas específicas vinculadas à pessoa jurídica que devem ser aplicadas³⁰.

c) Casos de aplicação da doutrina

²⁵ Sobre o tema ver excelente análise do Direito alemão em SALOMÃO FILHO, Calixto, O novo direito societário, p. 78 e segs.

²⁶ SERICK, op. cit., p. 38.

²⁷ Ver discussão em SCHMIDT, Karsten, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., [s.l.] [s.ed.], 1997, p. 229 e seg., com outras referências bibliográficas. Há, inclusive, referência a decisões do Tribunal Federal Alemão que entende muita restrita a doutrina subjetiva defendida por Serick (BGHZ 20, 4, 13; BGHZ 31, 258, 271).

²⁸ MÜLLER FREIENFELS, Zur Lehre von sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen in Privatrecht, in: AcP 156 (1957), p. 522 e segs.

²⁹ SCHMIDT, Karsten, op. cit., p. 230 e seg., menciona pertinentemente o posicionamento de um outro doutrinador alemão, Hans Julius Wolff, que teria servido de base para a teoria desenvolvida por Müller Freienfels, de acordo com o qual a pessoa jurídica não pode ser considerada do ponto de vista da técnica jurídica como um todo, mas apenas como uma “abreviatura construtiva” (konstruktive Abreviatur), resumindo hipóteses legais, relações e normas isoladas. Neste sentido, reconhece-se apenas uma personalidade jurídica relativa às sociedades (...).

³⁰ REHBINDER apud SCHMIDT, op. cit., p. 231.

Considerando-se a *Durchgriffshaftung* como um método, segundo o qual se permite, no caso concreto, colocar de lado a independência patrimonial da pessoa jurídica, atingindo o patrimônio de seus membros, apressa-se a doutrina alemã³¹ em distinguir a responsabilidade por penetração de outros institutos a ela similares, porém com os quais não se confunde. Isto porque nesses casos há previsão legal de imputação ao sócio, ao sócio-gerente ou ao administrador, ou ainda se trata de mera aplicação ou interpretação da lei não havendo, portanto, falar em penetração da pessoa jurídica (*Durchgriffshaftung*), mas simplesmente em “quebra da personalidade jurídica” (*Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit*) ou ainda da relativização da personalidade jurídica (*Rückbesinnung auf die Relativität der Rechtspersönlichkeit*)³².

Como casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica reconhecem-se na Alemanha algumas constelações, nomeadamente a confusão de esferas (*Sphärenvermischung*), o controle de uma sociedade (*Beherrschung einer Gesellschaft*), perpetrado por meio de pessoa física ou ainda no âmbito de grupo de empresas, fático ou juridicamente considerado, bem como o caso de sub-capitalização (*Unterkapitalisierung*). Trataremos de cada uma dessas hipóteses na segunda parte deste estudo.

2) Discussão doutrinária no Brasil

a) Base legislativa

A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas está prevista no art. 20 do atual Código Civil, segundo o qual as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. O Novo Código Civil não contempla semelhante dispositivo, ao contrário, admite em seu art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Ou seja, a princípio aqui não se trata de positivar e privilegiar o princípio da autonomia patrimonial mas, ao contrário, de fazer com que este seja “levado a sério”.

Quanto à limitação da responsabilidade dos sócios, em se tratando de uma Sociedade Limitada ou de uma Sociedade Anônima, tem-se, primeiramente, o disposto no art. 2º, do Decreto 3.708/1919, que limita a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social. A Lei das Sociedades Anônimas (art. 1º), de 1976, por seu turno, limita a responsabilidade dos sócios ou acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

b) Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

³¹ Ver aqui SCHMIDT, op. cit., p. 231 e segs., com outras referências doutrinárias e sobretudo jurisprudenciais.

³² Conf. exposição, com narrativa de casos concretos, em SCHMIDT, op. cit. p. 233-240.

No Brasil, a primeira tentativa de sistematização da desconsideração da personalidade jurídica se deu por meio de um artigo de doutrina, de autoria de Rubens Requião, de 1969³³, no qual o autor faz menção ao estudo de Serick. O tratamento doutrinário sobre o tema, desde então, é, como na Alemanha, inesgotável.

Com efeito, a doutrina trata e a jurisprudência invoca constantemente a “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, porém, de regra, como algo único, ao menos sem variações, quando, na prática, há, sob este rótulo, duas variantes bem definidas: em uma delas enquadram-se práticas fraudulentas ou abusos de direito perpetrados sob o manto da pessoa jurídica; na segunda variante, tem-se casos, os quais, em verdade, dizem respeito à imputação legal de responsabilidade ao sócio, ao sócio-gerente ou ao administrador, a despeito da existência de pessoa jurídica. Isto porque em determinadas hipóteses há uma valoração dos interesses em jogo, privilegiando-se uns em detrimento de outros.

Com propriedade distingue Fabio Ulhoa Coelho entre a chamada “Teoria Maior da Desconsideração” e a “Teoria Menor da Desconsideração”³⁴. Consistiria a primeira no afastamento, no caso concreto, da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas quando caracterizada a manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesta hipótese, quer o autor distinguir a desconsideração da personalidade jurídica de outros institutos jurídicos que igualmente implicam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade, tais como a responsabilização por ato de má gestão, em virtude de extensão da responsabilidade tributária, entre outros³⁵. À Teoria Menor, “menos elaborada” no dizer do autor, vincular-se-ia toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à insatisfação de crédito perante a sociedade³⁶.

A propriedade desta distinção se deixa explicar pela impossibilidade atual de se dissociar a expressão “desconsideração” no direito societário de outros institutos, dada a prática jurisprudencial, o tratamento doutrinário e mesmo a elaboração legislativa sobre o tema.

c) Casos de aplicação da doutrina

De acordo com a prática no Brasil, entende-se por desconsideração da personalidade jurídica, segundo a grande maioria da doutrina brasileira, a não-consideração dos efeitos da personificação, para se atingir a responsabilidade dos sócios. Esta definição atende às duas teorias sobre o tema. Assim, em observância à Teoria Maior, teríamos as hipóteses de fraude e abuso de direito.

No âmbito da Teoria Menor, destacam-se aqui as previsões legislativas nas seguintes áreas, em que há uma valoração de certos interesses em detrimento do princípio da autonomia patrimonial:

³³ REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, in: RT 410, 12 segs.

³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 35 e segs.

³⁵ COELHO, op. cit. p. 35.

³⁶ Ibidem idem.

(1) no campo do Direito Tributário, as garantias do crédito fiscal estendem, em determinados casos, a responsabilidade pela falta de recolhimento do tributo aos sócios-gerentes³⁷.

(2) O Direito do Trabalho desconsidera pessoas jurídicas unidas fática ou juridicamente em grupo para responsabilizá-las solidariamente em determinados casos frente a débitos de natureza trabalhista³⁸.

(3) A legislação consumerista³⁹, a da tutela das estruturas do livre mercado⁴⁰ e a da repressão aos atos prejudiciais ao meio ambiente⁴¹ autorizam, em determinados casos, a superação da autonomia patrimonial e a responsabilidade direta dos sócios por atos da sociedade.

Assim, a utilização de uma ou de outra teoria depende, também, dos interesses envolvidos, mais precisamente, da natureza do crédito a ser exigido da sociedade. Em ambos os casos, vale ressaltar, ainda prevalece, em maior ou menor grau, a observância do princípio da autonomia patrimonial da sociedade.

E em se tratando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica praticamente de um dogma do Direito Privado, quais seriam as circunstâncias que fazem com que os juízes alemães e seus colegas brasileiros, juntamente com o legislador venham cada vez mais autorizando a desconsideração da personalidade jurídica?

II. A prática da desconsideração da personalidade jurídica

É unanimidade na prática jurisprudencial acerca da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, e aqui se enquadram Alemanha e Brasil, que não se trata de considerar ou declarar nula a pessoa jurídica, mas apenas de torná-la ineficaz para determinados atos. Ou seja, não se quer com a desconsideração da personalidade jurídica colocar em dúvida a diferença de personalidade entre a sociedade e os seus sócios, mas no caso específico, impedir a consumação de fraudes e abuso de direito cometidos por meio da sociedade como pessoa jurídica.

Também há unanimidade na doutrina e na jurisprudência, aqui e lá, no sentido de que, ante a fraudes e abuso de direito, a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicar a doutrina, sob o pretexto de inexistência de dispositivo legal expresse, significaria o mesmo que amparar a fraude. Não obstante, cada vez mais o legislador brasileiro vem positivando este princípio, visando proteger interesses de determinados credores, tais como o consumidor e a coletividade (no que respeita à proteção do meio ambiente).

³⁷ Art. 135 do Código Tributário Nacional.

³⁸ Art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁹ Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁰ Lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (Lei Antitruste).

⁴¹ Lei 9.605/1995, que dispõe sobre crimes ambientais.

Comparando-se a prática dos ordenamentos alemão e brasileiro, acrescentando-se com relação ao nosso país a prática de elaboração legislativa, temos que, em que pese a intenção da excepcionalidade aqui e lá, há no Brasil uma utilização mais constante da desconsideração da personalidade jurídica, na maioria das vezes sem uma preocupação em distingui-la de outros institutos.

Trataremos da prática jurisprudencial acerca da desconsideração da personalidade jurídica a partir de dois enfoques. Em primeiro lugar, abordaremos a base normativa comumente utilizada para a desconsideração da personalidade jurídica, destacando-se as normas consideradas gerais, as quais, de regra, fundamentam fraude e abuso de direito, e as normas específicas, utilizadas pelo julgador invocando a doutrina, ou mesmo já previstas pelo legislador sob esta titulação. Em segundo lugar, destacaremos casos práticos em que há a desconsideração da personalidade, seja na sua forma pura, seja vinculada à imputação de responsabilidade.

1) Base legislativa para a desconsideração da pessoa jurídica

Enquanto na Alemanha vale-se o juiz de normas substantivas para desconsiderar a personalidade jurídica, demonstra a prática brasileira, ainda que não exclusivamente, a invocação de dispositivos processuais para o mesmo fim.

a) Normas substantivas

Na Alemanha admite-se a penetração da pessoa jurídica, chegando-se ao patrimônio de seus membros, a partir da aplicação de normas substantivas. Destaca-se primeiramente a invocação ao § 242 do BGB, que consagra o princípio da boa fé nas relações jurídicas⁴². No Brasil, não conhece o nosso Código Civil de 1916 dispositivo semelhante, tendo sido tal princípio desenvolvido com o passar dos tempos pela jurisprudência. Os juízes brasileiros, de forma genérica, pressupõem uma violação legal ou abuso de direito para a desconsideração da personalidade jurídica⁴³, o que, de plano, dispensaria a invocação desse princípio.

Também se utilizam os juízes alemães como fundamentação para a desconsideração da personalidade jurídica do § 826 BGB, o qual dispõe acerca do dever de indenizar por danos causados a outrem em virtude de atos dolosos contrários aos bons costumes⁴⁴, bem como o § 30 da GmbHG, que trata da vedação de reembolso do capital social ao sócio da limitada⁴⁵.

No Brasil, em que pese tratar-se de corrente minoritária, defende-se a desconsideração da personalidade jurídica mediante a aplicação de regras sobre a validade do negócio jurídico, em se tratando de responsabilidade contratual. Pensa-se

⁴² Por exemplo: BGHZ 20, 4, 11; BGHZ 22, 226, 229 e seg.; BGHZ 26, 31, 33, 37; BGHZ 61, 380, 383; WM 1974, 689, 690; BGH, decisão de 4.5.1981 – II ZR 193/80; ZIP 1981, 1076, 1078.

⁴³ Assim RAMALHETE, RT 586/9-14; ver também decisão TA/SP (7a. Câm.), Ap. 358.421, de 12.8.1986, in: JTACSP-RT 102 (1987), 75-79; uma outra posição consta da decisão Ap. 185058328, in: Julgados do TARGS, 57/199, citado por GIARETA, *Ajuris* 15 (1988) 111-133 (129).

⁴⁴ BGH NJW 79, 2104; BGH NJW-RR 88, 1181.

⁴⁵ BGH, decisão de 19.11.1965 – IV ZR 284/64; WM 1966, 146, 147.

aqui nos artigos 82, 86 a 102 e 145 do CC/1916⁴⁶. No caso de responsabilidade extracontratual defende corrente minoritária a aplicação do art. 159 do CC/1916⁴⁷. Conforme já expandido anteriormente, vale ressaltar que não se pode falar tecnicamente em desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, mas de imputação de responsabilidade.

b) Normas adjetivas

Em verdade, para a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil vale-se o julgador brasileiro sobretudo de normas processuais, destacando-se aqui o art. 596 do CPC, o qual prevê expressamente que “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei”, sendo que “o sócio demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade”. A invocação aos “casos previstos na lei” abre um leque de possibilidades, remetendo-se às mais variadas hipóteses de violação da lei ou do estatuto social, tais como aquela prevista no art. 10 do Decreto das limitadas de 1919, bem como às disposições insertas em leis especiais, as quais tutelam interesses de credores especiais, sejam esses o fisco, o trabalhador, os consumidores, o meio ambiente e o livre mercado (aqui tendo o interesse da coletividade protegido)⁴⁸.

c) Regras especiais

Sendo o fisco o credor da sociedade, o art. 135 do CTN responsabiliza os sócios, gerentes ou administradores, em caso de insuficiência de capital social, ou seja, independentemente de culpa. Trata-se, a nosso ver, conforme já afirmado, de mera imputação legal⁴⁹.

Em matéria de Direito do Trabalho, trata-se da hipótese prevista no art. 2º, § 2º, da norma consolidada, segundo o qual são responsabilizados solidariamente todas as sociedades integrantes de um grupo, independentemente de possuírem personalidades jurídicas distintas umas das outras. Quando se fala em grupo, previu o legislador a

⁴⁶ Pensa-se aqui nos artigos 82, 86 a 102 e 145 do CC/1916. Ver a respeito RAMALHETE, op. cit. Contrário a tal assertiva JUSTEN FILHO, Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, São Paulo: 1987, p. 55. Ver ainda LIMBORÇO, RT 579/25-29 (26); SZTAJN, RT 762/81-97 (94).

⁴⁷ RAMALHETE, op. cit.

⁴⁸ Uma das discussões processuais de extrema relevância diz respeito à necessidade, ou não, de o sócio, sócio-gerente ou administrador ter participado da relação processual. Quanto à desnecessidade ver por exemplo TJ-SP (10a. Câmara Cível), AI 49.834-2, de 19.10.1982, in: RT 572/84-86; STF (2a. T.), RE 95.380-9, de 3.12.1982, in: RT 577/298; STF (2a. T.), RE 113.853-0, de 20.10.1987, in: RT 626/248-249; STJ (1a. T.) Resp. 89.8253-5, de 25.10.1989, in: Rev. Sup. Trib. Just. 2 (6) 245/476 (1990), 247-251; TJ-SP (11a. Câmara), Ap. 177.674-2/0, de 26.3.1992, in: RT 682/95-96; TJ-PR (3a. Câmara Cível), AI 18.992-8, de 11.8.1992, in: RT 697/131-132; STJ (2a. T.), Resp. 31.256-9, de 16.11.1994, in: RT 721/290-292; TRF 4a. Reg. (1a. T.), Ap. 94.04.402238-9/PR, de 14.3.1995, in: Rev. Trib. Reg. Fed. 4a. Reg. 20 (1995), 194-197; STJ (1a. T.), Resp. 47.718-2, de 9.8.1995, in: RT 727/115-118. Ver a respeito COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 54-56, sobretudo menção à norma do Direito Societário argentino como forma de solucionar o problema. Acresça-se que semelhante dispositivo também é contemplado pelo Direito Societário uruguaio, conf. nosso Rechtsangleichung im MERCOSUL, p. 111, nota 65.

⁴⁹ Concordam FRIGERI, RT 739/53-69 (66); CASILLO, RT 528/24-40 (35). Ver também ZAITZ, RT 740/11-52 (39).

hipótese de uma ou mais empresas estarem sob a direção, controle ou administração de outra, de forma a constituir grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Ou seja, “grupo” deve ser entendido extensivamente⁵⁰, não havendo relação com o “grupo econômico” previsto na legislação societária que, em primeiro lugar não abrange todas as formas de coligação, consórcio ou combinação de empresas e, em segundo, requer a observância de certas formalidades para ser como tal caracterizado. A prática na Justiça do Trabalho, useira e vezeira da invocação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, se desloca muito mais para uma questão processual, na fase do processo de execução, quando se verifica que a sociedade empresária reclamada, no caso executada, se encontra descapitalizada, ou seja, seu ativo não é apto a saldar a dívida trabalhista reconhecida. Aqui, na maioria dos casos, o requisito principal é que a descapitalização decorra de ato fraudulento, em que pese muitas das decisões sequer mencionarem esta exigência⁵¹.

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro a positivar a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”. O art. 28 desse diploma legal autoriza o juiz a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Além disso, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Nem todos na doutrina celebram a redação deste artigo, pois há uma mistura de institutos, bem como imprecisão de linguagem que pode trazer efeitos danosos a outros credores⁵².

Também em matéria de infrações à ordem econômica, tratadas na Lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, há previsão expressa de desconsideração da pessoa jurídica. Esta lei recepciona em seu art. 18 o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Sob o ponto de vista do Direito Positivo, foi a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) a última a dispor sobre a desconsideração da personalidade jurídica⁵³. A

⁵⁰ O entendimento originário era de análise restritiva deste dispositivo. Assim MORAES FILHO, Grupos econômicos e solidariedade de empresas, in: Estudos de Direito do Trabalho, São Paulo, 1971, 140-159 (149), bem como GOTTSCHALK, O Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro do Trabalho, in: Rev. Dir. Trab. 1946, p. 6. Atualmente prevalece sua análise extensiva, conf. VILHENA, Relação de emprego, São Paulo, 1975, p. 127; LEITE, in: Rev. Dir. Trab., Jan-Fev./1980, p. 39.; MARANHÃO, in: LTr 45(2) (1981), 137-139; RUSSOMANO, Comentários à CLT, Rio de Janeiro, 1982, p. 8-9; MAGANO, in: LTr 48(3) (1984), 277-285.

⁵¹ Conf. FRIGERI, op. cit., p. 62.

⁵² Conf. COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 49 e segs. Sobre este artigo conferir também KRIEGER FILHO, in: Rev. Dir. Cons. 13, 85. Conferir também FRIGERI, op. cit., p. 67. Ver ainda VALLE, in: Ajuris 2 (1998), p. 656-665; RODRIGUES, in: Rev. Dir. Cons. 11, p. 7-20. Críticas, ainda, em KOURY, Suzy E., A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 191; COELHO, Fabio Ulhoa, in: OLIVEIRA (Coord.), Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, São Paulo: [s.ed.], 1991, p. 143; MATOS NETO, Manual do Consumidor, Belém: [s.ed.], 1992, p. 22.

responsabilidade das pessoas jurídicas, segundo a lei, não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, sendo que a lei prevê a possibilidade de desconsideração sempre que a pessoa jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Mais uma vez foi recepcionada parte do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, mesmo que não se trate propriamente da chamada Teoria Maior da Desconsideração, na maioria dessas áreas o que se tem é uma colisão de valores e/ou interesses: ou se valoriza o princípio da autonomia patrimonial ou se valoriza a proteção do interesse dos credores da pessoa jurídica, sejam eles os empregados, o fisco, os consumidores, os princípios do livre mercado, o meio ambiente. E em nome desta valoração, imputa-se aos sócios, sócios-gerentes ou administradores a responsabilidade.

2) Casos práticos sobre desconsideração da personalidade jurídica

a) Na Alemanha

Em primeira linha, os casos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica na Alemanha tem como causa o abuso de direito, notadamente quanto à tentativa de fuga da responsabilidade pessoal. O Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*) bem descreve o método: “trata-se de negar validade à invocação do privilégio previsto no § 13, n. II, GmbHG, afastar a separação da exclusão de responsabilidade entre sócio e sociedade e atingir o (patrimônio do) sócio pela obrigação”⁵⁴.

Os tribunais reconhecem três constelações de casos em que pode se dar a desconsideração da personalidade jurídica: a confusão de esferas (*Sphärenvermischung*), o controle de uma sociedade (*Beherrschung einer Gesellschaft*) e a sub-capitalização (*Unterkapitalisierung*). Não há, porém, unanimidade na doutrina acerca da sistematização desses casos⁵⁵.

(1) Confusão de esferas

É aceito como regra que a separação de patrimônios entre a sociedade e sócios apenas deve ser respeitada quando os próprios sócios reconhecem e respeitam esta separação⁵⁶. Quando isto não ocorre, no caso concreto, tem-se uma confusão de esferas patrimoniais, que pode levar à desconsideração da personalidade jurídica. Os requisitos para se deixar de observar a autonomia patrimonial deve ser analisado caso a caso⁵⁷.

⁵³ Aqui permite-se traçar um paralelo com uma lei alemã sobre proteção ambiental, a Bundesbodenschutzgesetz (Gesetz zum Schutz für schädliche Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten – BbodSchG, de 17.3.1998 (BGBl 1998, p. 502), que de forma mais amena acerca do delineamento da responsabilidade da sociedade e dos sócios. Ver a respeito VIERHAUS, NJW 98, 1262-1265; BECKER, DVBI 99, 134-137; SCHMITZ-RODE, DB 99, 417.

⁵⁴ BSG, ZIP 1984, 1217-1219. No original: „In diesen Fällen versagt die Berufung auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG; die haftungsausschließende Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist aufgehoben, die Schuldverpflichtung greift auf den Gessellschafter durch.“

⁵⁵ Conf. tentativas de sistematização em WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 4 III 1; LUTTER, ZGR 1982, p. 244-275 (249 segs.); RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., 1992, § 29, Rn. 22 segs.; SCHMIDT, op. cit., p. 241 segs.

⁵⁶ Assim, SCHMIDT, op. cit., p. 242.

⁵⁷ BGH, BB 1985, 77, com anotações de BAUSCHKE.

Uma das hipóteses, em que pode haver a confusão patrimonial, do ponto de vista objetivo, refere-se à Sociedade Limitada Unipessoal (*Einmann-GmbH*), permitida na Alemanha, na hipótese de abuso, discussão esta que não se instauraria no Brasil dada a responsabilidade ilimitada do empresário individual por força de lei⁵⁸. Uma segunda possibilidade, de natureza subjetiva, trata da impossibilidade de identificação da separação patrimonial, em função dos sujeitos de direito envolvidos, os quais correspondem, na prática, a grupos (fáticos) de sociedades⁵⁹.

(2) Controle de uma sociedade

O controle de uma sociedade, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, porém o abuso de direito no aspecto. Aqui tem-se variantes relativamente ao domínio de uma sociedade por uma pessoa natural (podendo ser a pessoa física em uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada ou os sócios majoritários)⁶⁰ ou, ainda, envolvendo grupos – fáticos ou jurídicos – de sociedades⁶¹. A idéia inicial é que a sociedade detenha personalidade jurídica e autonomia patrimonial quando os atos praticados por seus sócios e/ou dirigentes são em interesse da própria sociedade. Quando os interesses em jogo não forem os da própria pessoa jurídica em questão, mas de uma outra pessoa – física ou jurídica – cabe, verificado o abuso de direito, a desconsideração da personalidade jurídica⁶².

(3) Sub-capitalização

Trata esta hipótese da capacidade da sociedade em manter sua finanças de maneira apropriada. A doutrina especifica que não se confunde a sub-capitalização com ausência de patrimônio, excesso de dívidas ou balanço deficitário. Antes, em uma tentativa de definição, entende-se que “uma sociedade está sub-capitalizada quando, de acordo com a forma e o alcance das atividades sociais almejadas e reais, considerando-se os métodos de financiamento, o capital social for insuficiente para satisfazer a necessidade de financiamento a médio e longo prazo por meio de cobertura por crédito de terceiros”⁶³. A doutrina classifica, ainda, duas formas de sub-capitalização, uma nominal e outra material, sendo que somente esta última oportunizaria a desconsideração da personalidade jurídica. Nominal seria a sub-capitalização quando o déficit do capital social fosse coberto por capital de terceiros (crédito); material, por

⁵⁸ Semelhantemente COMPARATO, o poder de controle na sociedade anônima, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 350.

⁵⁹ BGH, Jus 1979, 212, BGH, NJW-RR 1986, 456, BGHZ 62, 216; BGHZ 64, 11, BGH, WM 1990, 600; OLG Düsseldorf, ZRM 1972, 307.

⁶⁰ BGHZ 95, 330.

⁶¹ BGHZ 68, 312. A respeito WIEDEMANN, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, p.18 e segs., e LUTTER, ZGR 1982, 262; PASCHKE, AG 1988, p. 196 e segs.

⁶² Um exemplo aqui, extraído da doutrina brasileira, poderia consistir na constituição de offshore companies. Não que a constituição de uma tal company

consista necessariamente em um instrumento para fraude, mas pode vir a sê-lo quando ocorrer a prática de atos ou forem titularizados bens estranhos a qualquer atividade empresarial, sendo fraudulentamente manipulada para desvio de bens. Ver COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 46-48.

⁶³ ULMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 248.

seu turno, corresponderia à sub-capitalização, quando os meios necessário para a existência e funcionamento inexistem⁶⁴. Em verdade, esta possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica consiste em uma responsabilidade por culpa, sendo a própria sociedade a responsável pelo pagamento de dívidas contraídas, cujo capital social não cobre⁶⁵.

b) No Brasil

(1) Dissolução irregular de sociedade

Aqui reside a grande maioria dos casos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica⁶⁶. Aplicam-se aqui as regras sobre dissolução e liquidação de uma sociedade, as quais exigem a satisfação do passivo, bem como levarem-se os atos ao registro correspondente. Na prática, em muitos casos tal não ocorre, via de regra em virtude da sociedade, em verdade, já se encontrar descapitalizada. Nesta hipótese enquadram-se sobretudo litígios envolvendo questões de Direito Privado (Civil e Comercial) e de Direito Tributário.

A jurisprudência admite a desconsideração na maioria dos casos pesquisados quando o passivo não foi liquidado⁶⁷. Admite, ainda, ante à ausência de registro da dissolução⁶⁸. Neste último caso, da leitura das decisões raramente se exige expressamente o dolo do sócio⁶⁹. Também em matéria de direito do consumidor se verifica esta possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica⁷⁰.

⁶⁴ SCHMIDT, op. cit., p. 248-149.

⁶⁵ BSG, NJW 1984, 2117 = ZIP 1984, 1217 envolvendo subvenção de uma GmbH & Co KG; ver ainda BGHZ 31, 258; BGHZ 68, 312; BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188.

⁶⁶ Sobre esta constelação de casos manifesta-se com precisão HUBERT, Beno Frederico, Desconsideração da pessoa jurídica nos tribunais, Curitiba: J.M. Editora, 1999 (Introdução) sobre a "insolência industrializada".

⁶⁷ Em matéria civil ou comercial: TJ-SC (3a. Câmara. Civ.), Ap. 10.470, de 14.4.1975, in: RT 500/194-195; TA-MG (1a. Câmara.), Ap. 28.374, de 21.6.1985, in: RT 610/223; TA-SP (7a. Câmara. Civ.), Ap. 391.183-1, de 23.8.1988, in: RT 635/225-226; TA-SP (2a. Câmara. Civ.), AI 250.192-7, de 22.11.1989, in: RT 656/135-136; TA-RS (3a. Câmara. Civ.), Ap. 189000763, de 5.4.1989, in: RT 660/181-183; TA-MG (2a. Câmara. Civ.), AI 7.494, de 16.8.1989, in: Rev. Forense 315, p. 167-168; TA-RS (1a. Câmara. Civ.), AI 190.055.947, de 14.8.1990, in: Rev. Forense 309, p. 165; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), AI 418556-00/3, de 22.9.1994 (voto vencido), in: RT 713/177-179; TJ-SP (7a. Câmara. Civ.), Ap. 269.062-1/9, de 4.10.1995, in: RT 723/348-349; TJ-SP (10a. Câmara.), AI 58.629-4/4, de 9.9.1997, in: RT 747/269-271; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), AI 751.714-2, de 2.10.1997, in: RT 748/279; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), AI 815.633-8, de 1.9.1998, in: RT 762/285-287.

Em matéria tributária: TA-SP (1a. Câmara. Civ.), AI 240.763, de 14.2.1978, in: Rev. Forense 268, p. 234-235; STF (2a. T.), RE 99.057-7, de 3.2.1983, in: RT 578/273; STF (2a. T.), RE 101.038-0, de 2.12.1983, in: RT 585/258-259; STF (1a. T.), RE 107.330-6, de 29.10.1985, in: RT 604/258-259; TJ-SP (12a. Câmara. Civ.), Ap. 82.022-2, de 5.11.1985, in: RT 605/73-74; STF (2a. T.), RE 102.966-8, de 15.2.1985, in: Jurispr. Bras. 99 (1985), p. 73-75; TJ-SP (17a. Câmara. Civ.), Ap. 99.176-2, de 27.11.1985, in: RT 609/80-82; TJ-SC (3a. Câmara. Civ.), Ap. 22.647, de 4.2.1986, in: Rev. Forense 298, p. 302-303; STF (2a. T.), RE 115.652-0, de 4.3.1988, in: RT 631/261-262; STF (2a. T.), RE 105.677-1, de 16.12.1985, in: RT 608/240-241.

⁶⁸ Em matéria civil ou comercial: TJ-SP (6a. Câmara. Civ.), MS 26.147-1, de 9.9.1982, in: Rev. Forense 285, p. 181; TJ-SP (7a. Câmara. Civ.), AI 107.241-1, de 28.12.1988, in: RT 639/78.

Em matéria tributária: TA-SP (1a. Câmara. Civ.), AP 183.120, de 19.9.1972, in: RT 446/187-188; TA-PR (3a. Câmara. Civ.), AI 150/79, de 28.11.1979, in: Jurispr. Bras. 39 (1980), p. 172-173; TJ-SP (16a. Câmara. Civ.), AI 81.377-2, de 10.10.1984, in: RT 598/104-105.

Em matéria trabalhista: TRT 15a. Reg. (2a. T.), Ap. 04424/92-9, in: DJE 10.9.1992, 133.

⁶⁹ TA-SP (2a. Câmara. Civ.), Ap. c/ Rer 530.382-00/3, de 16.11.1998, in: RT 761/283-284.

⁷⁰ TJ-SP (16a. Câmara. Civ.), AI 239.606-2/1, de 14.6.1994, in: RT 711/117-119.

(2) Fraude contra credores

Na prática é difícil diferenciar fraude contra credores (ou seja, a alienação com intenção de redução patrimonial do devedor, ou sua insolvabilidade em prejuízo aos credores) do abuso de direito (que consiste no exercício anormal ou irregular do direito, sem que assista ao seu autor motivo legítimo ou interesse honesto justificadores do ato, via de regra com o ânimo de prejudicar alguém). Porém, em ambos os casos ocorre o exercício abusivo de um direito ou a prática de atos por meio de sócios de uma sociedade em relações contratuais, anteriormente a uma ação judicial que visa desconstituir tais atos⁷¹. Também se fala em fraude contra credores no curso de uma ação judicial, porém ainda não em fase de execução⁷². Por óbvio, pressupõe-se em ambos os casos ação dolosa por parte do sócio-gerente ou simplesmente do sócio. Por isso, freqüentemente a desconsideração da personalidade jurídica é denegada por falta de provas no aspecto⁷³.

As decisões acerca de fraude contra credores utilizam como argumento, por exemplo, a confusão de esferas⁷⁴ ou, ainda, o controle abusivo da sociedade por meio dos sócios⁷⁵, sem que se perceba muitas vezes uma distinção clara entre esses dois casos nessas decisões. Fala-se, por exemplo, em confusão de esferas ao se responsabilizar o sócio de uma “limitada unipessoal” de fato, ou seja, quando a totalidade do capital social se concentra nas mãos de uma só pessoa⁷⁶. Também vale este argumento para sociedades tendo cônjuges como sócios⁷⁷.

(3) Fraude à execução

Quando o ato lesivo é praticado pelo devedor na iminência da penhora, onde resta latente a intenção de causar prejuízos pela insolvabilidade provocada, fala-se em fraude à execução. Também aqui reconhece a jurisprudência brasileira a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica⁷⁸. Interessante neste contexto o entendimento da justiça alemã, no sentido de que o patrimônio da sociedade fica exclusivamente reservado

⁷¹ TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.342, de 11.10.1977, in: RT 511/199-202; TJ-SP (8a. Câ. Civ.), AI 129.407-1, de 25.4.1990, in: RT 657/86-88; TJ-PR (2a. Câ. Civ.), AI 11.498-9, de 5.11.1997, in: RT 749/422-424; TJ-SO (3a. Câ. Civ.), MS 073.343-4/9, de 3.3.1998, in: RT 754/271-274; TJ-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 22.671-4/7, de 6.3.1998, in: RT 753/216-219.

⁷² TA-SP (4a. Câ. Civ.), AI 478.115-00/3, de 18.2.1997, in: RT 740/357-359; TA (5a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 427.582-00/3, de 27.6.1995, in: RT 725/278-280.

⁷³ TA-SP (2a. Câ. Civ.), AI 375.087-0, de 19.6.1987, in: RT 620/122-123; TA-SP (2a. Câ. Civ.), AI 375.087-0, de 19.6.1987, in: JTACSP-RT 104/149-150; TA-SP (4a. Câ. Civ.), AI 368.700-8, de 5.3.1987, in: RT 621/126-127; TJ-PR (2a. Câ. Civ.) Ap. 529/90, de 18.4.1990, in: RT 675/160-162; TA-SP (4a. Câ. Civ.) AI 554.563/3, de 27.10.1993, in: RT 708/116-117; TJ-DF (5a. T.), AI 5.169/95, de 7.8.1995, in: RT 728/322-324; TJ-BA (2a. Câ. Civ.), Ap. 27702-3, de 27.8.1996, in: RT 736/315-319.

⁷⁴ TJ-SP (8a. Câ. Civ.), AI 129.407-1, de 25.4.1990, in: RT 657/86-88.

⁷⁵ TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.342, de 11.10.1977, in: RT 511/199-202; TA (5a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 427.582-00/3, de 27.6.1995, in: RT 725/278-280.

⁷⁶ TJ-RS, Ac. de 8.5.1984, in: RT 592/172; TA-SP (1a. Câ. Civ.) Ac. de 25.6.1985, in: RT 599/133, citada por SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 103. Sobre sociedade anônima unipessoal: TJ-SP (4a. Câ. Civ.), Ap. 201.018-1/1, de 7.4.1994, in: RT 719/103-104, em que a desconsideração da personalidade jurídica foi admitida.

⁷⁷ A admissibilidade deste tipo de sociedade foi por longo tempo discutida no Brasil. Conf. TA-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 35.462, de 4.11.1975, in: RT 484/149-151; há nova jurisprudência a respeito: TA-SP (9a. Câ. Civ.), Ap. 581.975-0, de 20.12.1994, in: RT 713/138-140.

⁷⁸ TA-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 373.757-1, de 18.5.1987, in: JTACSP-RT 104 (1987), 122-123; TA-SP (8a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 444.228-00/7, de 14.12.1995, in: RT 728/ 292-297.

a seus credores⁷⁹; a jurisprudência brasileira, em que pese aceitar semelhante entendimento, reconhece a possibilidade de uma “desconsideração inversa”, ou seja, em prejuízo da sociedade⁸⁰, em se tratando da discutida penhora de cotas de sociedade limitada⁸¹.

(4) Violação de lei ou contrato

A despeito de se invocar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos vinculados à violação da lei ou do contrato / estatuto social, trata-se aqui em verdade de típico caso de imputação. Poucos são os casos cuja matéria refere-se ao Direito Privado; nesses casos os tribunais brasileiros limitam-se a responsabilizar apenas os sócios com posição dirigente, excluindo os demais⁸². Também as decisões envolvendo matéria tributária seguem esta mesma linha⁸³, desde que o capital social já esteja integralizado⁸⁴. Exige-se de qualquer sorte a prova inequívoca da violação da lei ou contrato ou, ainda, do excesso de mandato⁸⁵.

Considerações finais

Para finalizar uma última palavra acerca do novo Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003. Paira controvérsia relativamente ao fato de o novo Código disciplinar ou não a matéria. Isto porque a idéia inicial da redação do art. 50 era a de positivizar a princípio, o que não se verifica pela sua atual redação, transcrita anteriormente⁸⁶. Sequer menciona o citado artigo a existência de fraude para a afetação do patrimônio particular dos administradores ou sócios da empresa, o que, todavia, não impede, no caso concreto, a desconsideração da personalidade jurídica.

Vale enfatizar novamente que, tanto no ordenamento alemão como brasileiro, a despeito de suas peculiaridades, a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica e não a sua negação. Deve ser aplicada com cautela, mediante provas inequívocas de fraude e/ou de abuso de direito, e como exceção, sob pena de se deixar de incentivar a livre iniciativa e negar de plano o privilégio da autonomia patrimonial, principal atrativo da pessoa jurídica.

⁷⁹ BGH, NJW-RR 1990, 738.

⁸⁰ TA-SP (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.247, de 11.4.1955, in: RT 238/393-395.

⁸¹ Sobre o tema ver ABRÃO, Penhora de Cotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada, 3. ed., São Paulo 1996.

⁸² Por exemplo TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 7.826, de 28.8.1973, in: RT 461/187-188.

⁸³ TA-SP (6a. Câ. Civ.), REO 206.476, de 15.10.1974, in: RT 480/126-127; TA-SP (1a. T.), AI 222.453, de 19.3.1976, in: Jurispr. Bras. 39 (1976), 294-295.

⁸⁴ TA-SP (7a. Câ. Civ.), AI 197.784-8, de 12.9.1986, in: RT 613/159; TJ-SP (9a. Câ. Civ.), Aps. 257.056-2/2 e 257.057-2/7, de 18.5.1995, in: RT 718/136-137.

⁸⁵ Admitem a “desconsideração”: TA-SP (4a. Câ. Civ.) Agr. 153.815, de 10.2.1971, in: RT 426/162-163; STF (2a. T.), RE 95.125-3, de 25.5.1982, in: RT 572/240-242; TJ-RS (1a. Câ. Civ.), Ap. 583.01857-7, de 8.5.1984, in: Rev. Forense 291 (1984), 286-289; STF (2a. T.), RE 115.652-0, de 4.3.1988, in: RT 631/261-262. Negam a “desconsideração”: TA-SP (6a. Câ. Civ.), REO 206.476, de 15.10.1974, in: RT 480/126-127; TA-RJ (4a. Câ. Civ.), Ap. 988.809, de 30.12.1977, in: Rev. Forense 270 (1978), 198-199; TJ-SC (1a. Câ. Civ.) Ap. 13.436, de 20.7.1978, in: Rev. Forense 271 (1978), 208-210; STF (2a. T.), RE 97.529-2, de 8.4.1983, in: RT 578/271-272; STJ (1a. T.), Resp. 27.769-6, de 9.12.1992, in: RT 696/247-249.

⁸⁶ Conf. COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 53 e seg.