

A aplicação da teoria do *disregard of legal entity* no sistema brasileiro

Enviada por Maisa E. Raelle Rodrigues
Em 13.11.10

As rápidas transformações ocorridas na era pós-moderna impuseram novas exigências à sociedade, que quando bate às portas do Estado, por meio do Poder Judiciário, em busca do cumprimento de um crédito, espera encontrar um instrumento de coação eficiente. Reconhecer o direito do credor sem dar-lhe cumprimento significa manter o conflito em aberto, trazendo desgaste social e sérias repercussões no âmbito econômico. A satisfação de um crédito deve ocorrer da forma menos gravosa para o devedor, com vistas a não comprometer seu próprio desenvolvimento, mormente, quando o devedor for uma empresa. Conciliar essas duas variantes é questão das mais tormentosas enfrentada pelas sociedades.

A preocupação com a satisfação de uma dívida tem sido considerada pontual em diversas partes do mundo, tome-se como exemplo Portugal, que ao proceder a reforma de seu sistema processual civil, adotou a figura do “solicitador de cobrança de dívidas” inspirada no *huissier de justice* do sistema francês, que embora não pertençam ao Poder Judiciário, investem-se de poderes públicos, como forma de dar real efetividade às relações não cumpridas entre os atores sociais.

Por outro lado, como é sabido, interessa para o desenvolvimento econômico e social de um país que haja o maior aumento possível nas atividades econômicas produtivas, fontes geradoras, entre o mais, de empregos e arrecadação tributária. Ocorre, no entanto, que nem sempre as pessoas estão dispostas a assumir os riscos e responsabilidades inerentes a condução de um empreendimento, preferindo, muitas vezes, investir seus bens em atividades não produtivas, de modo a resguardar seu patrimônio.

Nesse diapasão, as sociedade personificadas irrompem como forma de amenizar as possibilidades de perdas ínsitas às atividades econômicas, na medida em que se cria um ente autônomo (sociedade), com direitos e obrigações próprias distintas da pessoa de seus membros, os quais passam a assumir riscos limitados à parcela do patrimônio endereçada à formação da sociedade, que, usualmente, será uma sociedade de responsabilidade limitada, ou mesmo, uma sociedade anônima.

Com isso, as sociedade personificadas ou a pessoa jurídica têm se apresentado como forma exitosa da atividade empresarial, consubstanciando-se no meio mais frequente do exercício das atividades econômicas.

Consoante assevera Rubens Requião, a pessoa jurídica deve ser utilizada como um relevante instrumento da economia de mercado, sem, contudo, incidir em abusos. Infelizmente, esta não tem sido a regra, e, no mais das vezes, o que se vê são as sociedades contraindo empréstimos, adquirindo bens em valores muito superiores a sua capacidade econômica. Consequentemente, não havendo recursos da sociedade para a satisfação de suas obrigações, os sócios ficam com os ganhos e os prejuízos são arcados pelos credores. Para obstaculizar o uso indevido da pessoa jurídica foi criada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Nessa conformidade, a teoria do *disregard of legal entity*, ou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como é chamada entre nós, tem se apresentado como uma via de excelência, capaz de equilibrar as relações jurídicas e econômicas havidas entre partes, na hipótese de ausência de bens da sociedade para o cumprimento de suas obrigações. Contudo, os Tribunais brasileiros, na ânsia de ver satisfeitos os créditos descumpridos, não raro, têm se utilizado desse poderoso instituto de maneira arbitrária, desrespeitando o devido processo legal e a ampla defesa, de forma a comprometer um dos pilares do Estado Democrático de Direito que é o princípio da segurança jurídica.

Em vista das razões acima expendidas, e a frequente preocupação da comunidade jurídica e econômica nacionais com a aplicação da teoria da

desconsideração da personalidade jurídica, o presente artigo tem por objetivo formular algumas reflexões nesse sentido.

No final do século XIX surgiu uma doutrina defendendo a ideia de que, em determinados casos, não se deveria considerar os efeitos da personificação da sociedade, a fim de se alcançar a responsabilidade dos sócios. Essa doutrina surgiu na jurisprudência inglesa, em 1897, com o célebre caso “Salomon vs. Salomon & Co”., o qual envolvia o comerciante Aaron Salomon que havia constituído uma *company* juntamente com outros seis membros de sua família, e cedido seu fundo de comércio à sociedade, recebendo em troca vinte mil ações, ao passo que para os demais sócios coube apenas uma ação. Pouco tempo depois de sua fundação, a sociedade revelou-se insolvente e o liquidante procurou responsabilizar pessoalmente Salomon, sustentando que a atividade da *company* era atividade de Solomon, o qual usara de artifícios para limitar sua responsabilidade e não satisfazer os credores da sociedade.

Ainda que se considere a Inglaterra como país precursor da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, há notícias de que já em 1809 teria ela sido utilizada nos Estados Unidos, pelo juiz Marshall, no caso *Bank of United States v. Deveaux*. Certo, contudo, é que a questão da personalidade jurídica, ao contrário dos países europeus, nunca foi muito debatida nos Estados Unidos, razão pela qual adota-se ainda a tese da ficção, o que permite ao Poder Judiciário não admitir a preservação dessa ficção quando possa acobertar desonestidades. Além disso, as leis americanas sempre se mostraram lacunosas em termos de disposição de regras para a organização societária, o que explicaria a grande utilidade da técnica do *disregard* para os juízes americanos.

Assim sendo, a partir de decisões jurisprudenciais da Inglaterra, dos Estados Unidos e da Alemanha foi criada a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, também denominada “doutrina da penetração,” pela qual mantém-se válida a sociedade, porém ineficaz sua autonomia patrimonial. Portanto, não se destitui a personalidade jurídica, que passa tão somente a ser desconsiderada, autorizando o Poder Judiciário a não reconhecer a autonomia

patrimonial da pessoa jurídica, sempre que o uso dessa autonomia estiver viciado pela fraude. A grande vantagem dessa teoria em relação a outros institutos que objetivam coibir a fraude, como, por exemplo, a anulação ou a dissolução da sociedade, é que na desconsideração da pessoa jurídica a sociedade continua válida, apenas suspende-se episodicamente sua eficácia.

Pode-se assim dizer que a teoria da desconsideração tem início na Inglaterra, de lá, chega aos Estados Unidos, mais apurada, alcança outras partes do mundo, inclusive o Brasil, como se verá a seguir. No direito inglês, embora a expressão corrente seja *disregard* (desconsideração), a doutrina assume o sentido de levantamento (*lifting*), superamento, o mesmo ocorre na Itália, já no direito alemão conforma-se com a ideia de penetração.

No Brasil, os primeiros contornos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foram introduzidos por Rubens Requião no final da década de 60. Não cabe, contudo, ao credor, por sua iniciativa, ignorar a separação patrimonial, ingressando com a ação diretamente contra os sócios, pois somente o Poder Judiciário tem competência para decretar o ato de desconsideração.

A teoria da desconsideração surgiu apenas como forma de coibir o desvirtuamento da personalidade jurídica, porém não se tratava de instituto legal, não havia um dispositivo que autorizasse a desconsideração, que prescindia de fundamentos legais para sua aplicação, sua criação era doutrinária e objetivava a não aplicação, no caso concreto, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica quando utilizada para fins contrários ao direito.

Por se tratar da mitigação do relevante princípio da autonomia patrimonial, prevaleceu a ideia de que a teoria da desconsideração não podia ter sua aplicação banalizada, mas ser aplicada restritivamente apenas em hipóteses excepcionais e desde que presente o desvirtuamento no uso da pessoa jurídica, não bastava tão somente o descumprimento da obrigação.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência pátria mantinha o entendimento de que as dificuldades financeiras da empresa, inerentes ao comércio, por si só não representavam comportamento ilícito ou desvio de finalidade, ainda que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, capaz de superar o princípio da autonomia patrimonial e afastar por completo o instituto da pessoa jurídica.

Face à ausência de um preceito legal que dispusesse especificamente sobre a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, foi necessário para sua aplicação recorrer-se à doutrina como fonte de direito. Entretanto, desde que tomou ciência de sua existência, a comunidade jurídica passou a pesquisar incessantemente na legislação pátria algum dispositivo que possibilitasse o rompimento entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios.

Nesse ponto, vale observar que sendo o nosso modelo jurídico um sistema codificado, ao contrário do sistema anglo-saxão que é basicamente consuetudinário, a aplicação da técnica da desconsideração da pessoa jurídica encontrou muito mais obstáculos, já que a ausência de qualquer previsão legal contribuía para a ideia de que a teoria não poderia ser manejada.

No anseio de se encontrar um dispositivo legal que legitimasse a desconsideração, houve grande esforço doutrinário e jurisprudencial para enquadrá-la em normas já existentes. Dessa forma, foram apontados como contemplativos da doutrina da desconsideração, dentre outros, o Decreto n. 3.708/19 (Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada) e a Lei n. 6.404/76 (Leis das Sociedade Anônimas).

Ocorre, entretanto, que esses dispositivos legais apresentavam falhas que os impediam de ser considerados enunciadores da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que pouco tinham em comum com a tese da *disregard of legal entity*, gravitando apenas em torno da questão da responsabilização direta dos que excedessem os poderes que lhe fossem outorgados.

A primeira iniciativa de positivação da teoria da desconsideração no direito brasileiro deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que normatizou expressamente a matéria em seu artigo 28, entretanto, o legislador consumerista afastou-se das construções originárias, contemplando hipóteses diversas sob o mesmo título, resvalando, assim, para o desvirtuamento da teoria. Melhor sorte não tiveram os artigos 18 da Lei n. 8.884/94 (infrações à ordem econômica) e 4º. da Lei 9.605/98 (lesões ao meio ambiente), que ao regularem a desconsideração praticamente repetiram a regra inserta no art. 28 do CDC. Além da enunciação do abuso de direito, nenhuma outra hipótese, que corresponda realmente ao histórico do instituto, está prevista no CDC.

Posteriormente, o Código de Civil de 2002 tratou da teoria da desconsideração, positivando-a em seu art. 50, cuja redação expressa uma forma de repressão à utilização abusiva da personalidade jurídica das sociedades, o que é bastante consentâneo com a base original da doutrina da desconsideração. O abuso consubstancia-se tanto pelo desvio da finalidade como pela confusão patrimonial.

Hodiernamente, o maior problema enfrentado na utilização desse poderoso instrumento, é que muitos juízes entendem que sua aplicação não está sujeita a existência de fraude, ato ilícito dos sócios ou abuso de poder, sendo suficiente o inadimplemento da obrigação e a inexistência de patrimônio da sociedade. Por essa razão, mais de um Projeto de Lei, como, por exemplo, o de n. 2.426/03, de autoria do então deputado Ricardo Fiúza, tramita pelo Congresso Nacional objetivando disciplinar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, basicamente, no sentido de permitir sua utilização tão somente nas hipóteses de uso abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Não há dúvida que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ainda caminha em terreno movediço, daí a necessidade de uma regulação adequada, especialmente, num sistema como o nosso de tradição romano-germânico. Considerando que a lentidão também é característica de

nosso Poder Legislativo, seria de bom alvitre que alguma entidade representativa, emprestando capital político, pudesse atuar junto ao Congresso Nacional a fim de agilizar a aprovação do Projeto de Lei acima referido.

De todo o exposto, a conclusão a que se chega é de que a criação da pessoa jurídica, a qual nasce como forma de suprir determinadas necessidades nas relações sociais, diminui o impacto dos riscos da atividade econômica, abrindo ensanchas para o desenvolvimento da chamada economia de mercado. Contudo, o uso indevido da pessoa jurídica, objetivando não cumprir suas obrigações e não pagar seus credores, constitui fraude à autonomia patrimonial. Nessa hipótese, a desconsideração da personalidade jurídica desponta como instituto capaz de responsabilizar o real causador do ilícito, ao mesmo tempo em que possibilita disciplinar a organização do mercado. As leis brasileiras deram uma nova estrutura ao instituto da desconsideração, cujas linhas mestras ainda não completaram seu ciclo de formação. Ressalte-se, entretanto, que nossa legislação adotou o contorno originário da teoria, deixando cristalino que a desconsideração não extingue a pessoa jurídica, há apenas uma suspensão episódica da autonomia da pessoa jurídica para alcançar os sócios e administradores.

Bibliografia:

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados: atualizado até 15.03.2002*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 7ª. ed. atua.. São Paulo: Saraiva, 1976.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *A reforma da acção executiva*. Lisboa: LEX,2004

Fontes da Internet

Câmara do Deputados: <http://www.camara.gov.br>