

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

Deilton Ribeiro Brasil**

RESUMO

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica, após uma longa trajetória jurisprudencial, finalmente foi acolhido no direito material no art. 50 do Código Civil de 2002. De acordo com a sua formulação original, a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e sociedade empresária não se mostra, de acordo com a formulação original da teoria, suficiente para autorizar a aplicação da teoria. Esses pressupostos de aplicação da desconsideração não são respeitados nas leis que a prevêm expressamente no Brasil (art. 28, Lei n° 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei n° 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4°. Lei n° 9.605, de 1998 – Nova Lei Ambiental).

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, FRAUDE, ABUSO DE DIREITO, INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO.

ABSTRACT

The doctrine of the disregard of legal entity, after a long jurisprudencial trajectory, finally was conceived in our law system by the article 50 of Civil Law Code promulgated in 2002. In accordance with its original conception, the doctrine of disregard legal entity must be applied when it meets specifically characterized the fraud or abuse of law by meaning using the corporate entity veil for illegal objectives. The simple decurrent damage of creditors of the separation of assets between partners and society entrepreneur does not reveal, in accordance with the original formularization of the theory, sufficient to authorize the application of the disregard doctrine. These estimated application of the disregard of legal entity are not respected in the existing laws' order in Brazil (article 28, Law n° 8,078, of 1990 - Code of Consumer's Defence,

* Mestre e Doutor em Direito pela UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da UGF/RJ. Pesquisador. E-mail: gcalmon@trf2.gov.br

** Mestre em Direito Empresarial pela FDMC de Belo Horizonte/MG. Doutorando em Direito pela UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

article 18, Law nº 8.884, of 1994 - Defense of the Free Competition, article 4º, Law 9.605, of 1998 - Environmental law).

KEYWORDS: DOCTRINE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY, ARTICLE 50 CIVIL LAW CODE, FRAUD, ABUSE OF LAW, IGNORING THE EXISTING LEGAL FOUNDATIONS FOR ITS APPLICATION.

INTRODUÇÃO

O vetusto Código Civil de 1916 em seu art. 20 dispunha que as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. A pessoa jurídica é uma criação jurídica para consecução de certos fins.

Para Sílvio Rodrigues ¹ a pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana. Frequentemente o homem não encontra em si forças e recursos necessários para uma empresa de maior vulto, de sorte que procura, estabelecendo sociedade com outros homens, constituir um organismo capaz de alcançar o fim almejado.

A existência, perante a lei, das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro público peculiar.

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ² adverte com propriedade que o pressuposto fundamental da desconsideração é a existência de uma entidade personalizada. Caso haja uma sociedade despersonalizada (sociedade em comum ou em conta de participação) ou irregularmente constituída (e, conseqüentemente, despersonalizada, em função do art. 45 do Código Civil), não há que se falar em personalidade como meio para fraudes, tampouco em desconsideração.

A constatação do vício na constituição da sociedade pode levar as conseqüências parecidas com as da desconsideração. Não será o caso de apenas se ignorar a existência da personalidade jurídica. Afinal, determinados efeitos da personificação produzirão resultados. Dessa forma, o regime previsto para as sociedades personificadas poderá ser aplicado mesmo com relação à limitação de responsabilidade dos sócios. ³

¹ RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*. 2002, pp. 86-7.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. 2006, p. 75.

³ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade*. 2004, pp. 218-9.

O ordenamento jurídico brasileiro optou por responsabilizar os fundadores e os primeiros administradores pelos atos irregulares exercidos em momento anterior ao arquivamento dos atos constitutivos (Lei n° 6.404/76 atualizada pelas Leis n°s. 9.457/1997, 10.194/2001 e 10.303/2001, arts. 92 e 99), entendendo ser inexistente a sociedade anônima irregular, pelo menos no que diz respeito ao fato de todos os sócios serem responsabilizados de forma ilimitada. Desse modo, a irregularidade somente gera efeito sobre os fundadores e os primeiros administradores, o que se diferencia do regime comum.⁴

Em síntese, é possível constatar que é impraticável detectar a origem da desconsideração no momento da constituição da sociedade ou no instante de sua personificação. A superação não decorre de um defeito congênito da pessoa jurídica ou da falta de algum requisito legalmente exigido para a validade dos atos de constituição da sociedade ou para a aquisição da personalidade jurídica que são problemas solucionáveis por meios de outros institutos jurídicos.⁵

As hipóteses em que é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõem a existência de uma sociedade constituída de forma válida e formalmente perfeita. Há, na verdade, uma disfunção nas atividades da sociedade, um desvirtuamento dos fins primeiros que deveriam ser seguidos na prática pela sociedade. Para proteger a sociedade e o próprio instituto da pessoa jurídica, aplica-se a teoria da superação. Ocorre apenas a ineficácia episódica de sua validade. Já no caso de vício na constituição da sociedade, há o desaparecimento tanto da sociedade quanto da pessoa jurídica em decorrência da falta de pressupostos legalmente exigidos. A personalidade jurídica, no entanto, é reconhecida, incidindo de forma excepcional o regime jurídico das sociedades personificadas de forma total ou parcial.⁶

Com efeito, no momento em que a pessoa jurídica registra seu contrato constitutivo, adquire personalidade, isto é, capacidade para ser titular de direitos. Para exercer tais direitos, para atuar na vida cotidiana, a pessoa jurídica recorre as pessoas físicas que a representam. O legislador do novo Código Civil dispensou de repetir a regra do art. 17 do Código de 1916, partindo do pressuposto que ela existe, pois seu art. 46, que cuida dos requisitos para o registro das pessoas jurídicas, determina que ele

⁴ Id. Ibid. 2004, p. 219.

⁵ Id. Ibid. 2004, p. 220.

⁶ Id. Ibid. 2004, *loc. cit.*

declare o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.⁷

Para sob determinadas situações não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural. Há situações de fraude nas quais proteger a pessoa jurídica sob o seu manto técnico leva a profundas distorções e iniquidades.⁸

Nesse sentido Rubens Requião⁹ assim se expressa, *todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo da fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais.*

Note ainda que não apenas o patrimônio das pessoas físicas dos controladores, dos administradores ou dos diretores pode ser atingido quando se desmascara uma pessoa jurídica, mas também e principalmente outras pessoas jurídicas ou físicas que direta ou indiretamente detêm o capital e o controle da pessoa desconsiderada. É muito comum que a pessoa jurídica atue no país com pouco ou nenhum patrimônio e que esteja totalmente em mãos de uma empresa escritural estrangeira denominada *off shores*.¹⁰

Desse modo, a nova redação do art. 50 da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 autoriza o juiz avaliar até que ponto o véu da pessoa jurídica deve ser descerrado para atingir os administradores ou controladores nos casos de desvio de finalidade, em prejuízo de terceiros, visando restabelecer o equilíbrio jurídico ou até mesmo, medidas como a própria decretação da extinção da pessoa jurídica.

Destarte, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mal uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconsiderada não é, extinta, liquidada ou dissolvida pela desconsideração; não é igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente. Em outras palavras, a separação patrimonial decorrente da constituição da pessoa

⁷ RODRIGUES, Sílvio Ibid. 2002, p. 93.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de direito civil*. 2002, p. 290

⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1977, p. 61.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ibid. 2002, p. 293.

jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude. Para todos os demais efeitos, a constituição da pessoa jurídica é existente, válida e plenamente eficaz.¹¹

Edson Fachin¹² especifica que o princípio da preservação da empresa interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais. Tal preservação da empresa tem uma notável importância. O princípio da preservação é gênero no qual a continuidade das atividades compõe a espécie, e nele se encontra similitude com a guarida ao patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento.

A inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na nova legislação civil não consiste verdadeiramente em uma inovação, pois além de ele já ter sido consagrado em outros textos de lei, como o Código de Defesa do Consumidor, não se pode esquecer que a *disregard* independe de fundamento legal.¹³ No entanto, não se pode esquecer também que a nossa tradição é romano-germânica, caracterizada especialmente pelo grande apego ao direito escrito.¹⁴ Assim, mesmo quando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica já poderia ser aplicada, não o era, por haver quem entendesse que isso só poderia ocorrer quando houvesse texto legal que a consagrasse expressamente. Com a inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, facilita-se sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal expresso.

Marlon Tomazete,¹⁵ analisando o art. 50 do Código Civil de 2002, frisou que a desconsideração nesse particular vem claramente positivada como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2003, pp. 242-3.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2001, pp. 198 *et seq.*

¹³ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade...* 2004, p. 265.

¹⁴ É pequena a influência do costume nos sistemas de direito escrito, mas não se pode subestimar sua influência. A lei não tem o condão de ser a fonte única do direito. O costume, por vezes, torna-se precioso no preenchimento de lacunas no direito escrito (...). Se levarmos em conta nosso sistema de direito escrito, apesar de na teoria geral do direito o costume ser considerado fonte principal, segundo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é ele fonte formal, mas fonte subsidiária, já que o legislador dispõe que, na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Portanto, temos lei para erigir o costume como fonte do Direito, ao contrário do que ocorre em outras legislações. Considerado fonte subsidiária, o costume deverá girar em torno da lei. Portanto, não pode o costume contrariar a lei, que só pode ser substituída por outra lei. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 2002, p. 43).

¹⁵ TOMAZETE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 794, dez.-2001, pp. 76-94.

primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim vê-se que o direito positivo acolhe a teoria da desconsideração em seus reais contornos.

Nessa linha de raciocínio, Sílvio de Salvo Venosa¹⁶ escreve também que a aplicação da desconsideração possui gradação. Por vezes, a simples desconsideração no caso concreto é suficiente para restabelecer o equilíbrio jurídico. Outras vezes, será necessário ato mais abrangente, como a própria decretação da extinção da pessoa jurídica. Ainda, a gradação da desconsideração estará na medida da prática de um ato isolado abusivo ou fraudulento, ou de uma série de atos, o que permitirá a desconsideração equivalente. Como se denota, o tema é vasto, de difícil enumeração teórica. Conclui Marçal Justen Filho¹⁷ que a escolha por uma desconsideração mais ou menos extensa, então, não é produzida por atenção específica à natureza do risco de sacrifício, mas à extensão do abuso. Quanto mais ampla for a utilização abusiva da pessoa jurídica, tanto mais extensa será a desconsideração.¹⁸

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁹ é necessário esclarecer que a introdução expressa da desconsideração no Código Civil de 2002 atende à intenção de afastar, através da introdução de valores constitucionais e de princípios éticos, o Direito Privado da orientação individualista que guiava o Código de 196 que, na seara da Teoria da Pessoa Jurídica, resultava em sociedades que objetivavam apenas a satisfação egoística de seus membros. Essa orientação, agora, é modificada pela percepção de que as pessoas jurídicas exercem importante papel social, podendo o juiz desconsiderar sua personalidade se elas se afastarem desse papel, tornando-se *alter ego* dos sócios e meios de fraude.

Guilherme Calmon²⁰ escreve ainda que partindo para a análise da redação final do art. 50, o qual, ressalte-se, foi objeto de diversas emendas durante a tramitação do projeto, percebe-se que ele foi influenciado pela teoria objetivista²¹ de Fábio Konder

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Ibid.* 2002, *passim*.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, *passim*.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 2002, p. 294.

¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. 2006, pp. 78-9.

²⁰ *Id.* *Ibid.* 2006, p. 79.

²¹ A corrente objetivista centra-se na função do ente personalizado para fundamentar a desconsideração, relegando o elemento subjetivo. Comparato, afirma que *toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais*, sendo a desconsideração da personalidade jurídica *operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de*

Comparato, mencionando o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial* como razões para a desconsideração. É necessário ressaltar, todavia, que ambas as situações são apenas presunções do abuso de personalidade, este sim o verdadeiro fundamento da aplicação da teoria, mostrando-se o art. 50 como cláusula aberta.

Outro ponto salientado por Guilherme Calmon²² é a legitimação para a desconsideração, já que pelo Código de 2002 o juiz não pode aplicá-la *ex officio*, só podendo fazê-lo a *requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo*. Tal disposição, a princípio, conflita com o disposto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que afirma que *o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade*, mas esse conflito, numa melhor análise, pode ser reputado apenas aparente.

Para a correta solução da questão, é necessário analisar o ideário que embasa cada dispositivo. Enquanto o Código Civil visa reger relações entre sujeitos em suposta igualdade e que mantêm relações privadas, o Código de Defesa do Consumidor tem, notadamente, um caráter protecionista, na medida em que a hipossuficiência do consumidor é notória, sendo a proteção deste, inclusive, imperativo constitucional e havendo forte tendência de se considerar as questões a ele relativas como de ordem pública. Deste modo, compreender-se-á, facilmente, a ampla liberdade conferida ao julgador pela legislação consumerista, em oposição à restrição imposta pelo Código Civil, sendo claro que não há oposição entre ambos, já que eles visam a normatizar situações diferenciadas. Apenas como observação, deve-se mencionar que o raciocínio acima aplicado também é útil para a solução de diversas das aparentes contradições existentes entre ambos os diplomas.²³

Outra questão a ser analisada é a extensão que a desconsideração recebe na nova legislação. De acordo com a redação do art. 50, conclui-se que ela seria apenas uma forma de responsabilizar subsidiariamente o sócio, ou seja, só poderia ser aplicada quando o patrimônio da própria pessoa jurídica fosse insuficiente para o total ressarcimento do lesado.²⁴ Alexandre Ferreira de Assumpção Alves critica duramente essa posição, que apresentando entendimento que a teoria da desconsideração, além de

abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 1983, p. 286).

²² Id. Ibid. 2006, *loc. cit.*

²³ Id. Ibid. 2006, *loc. cit.*

²⁴ Id. Ibid. 2006, pp. 79-80.

necessária para a proteção de terceiro, tem como objetivo também a proteção da própria pessoa jurídica, expõe que *se houver de fato um abuso da personalidade jurídica não é crível macular a sociedade e responsabilizar também todos os sócios ilimitadamente.*²⁵

Para Assumpção Alves, a desconsideração deve ser usada para, atingindo diretamente o patrimônio do sócio responsável pelo ato abusivo, conservar o patrimônio da pessoa jurídica e também dos demais sócios não envolvidos na subversão.²⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito vem passando por várias modificações, isto é um fato. Desde a patrimonialização da responsabilidade, que fez migrar da pessoa do devedor a *haftung* das dívidas, para uma garantia lastreada no patrimônio do indivíduo, que se vem buscando caminho para que a satisfação do débito alheio possa se dar com o mínimo prejuízo e agressão ao devedor.

Assim é, por que conforme prelecionam Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:²⁷

como é por todos sabido, ao refletir acerca da estrutura e da natureza da experiência jurídica, Miguel Reale concebeu a teoria tridimensional, segundo a qual o ordenamento jurídico, embora indubitavelmente normativo, não se apresenta tão somente como um conjunto de normas (...) diversamente, revela-se como um processo que se desenvolve na dimensão da historicidade e no qual se articulam as normas – momento culminante deste processo -, os fatos que estão em sua origem e os valores ou fins (...) ocorre, assim, a correlação dialética entre os três fatores, correlação fático-axiológico-normativa apresentada, contudo, no terreno chão da experiência e não no plano das idealizações abstratas.

²⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do código de defesa do consumidor e a disregard doctrine.* 2003, p. 203.

²⁶ Id. Ibid. 2003, *loc. cit.*

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro.* 2002, p. 174.

Mesmo mote, com o desenvolver do sistema de inter-relações sociais e o avançar do mercantilismo, o crédito passou a funcionar como um dos pilares da sociedade, vez que, no mais das vezes, não conseguem os contratantes arcar com os valores necessários ao adimplemento das obrigações no momento imediato de sua concreção, sendo necessário que se aguarde certo período ou que se fracione o pagamento. O crédito, portanto, passa a ser a mola mestra do sistema capitalista.

Mas como garantir o crédito (e conseqüentemente todo o sistema produtivo) sem causar grave dano ao devedor? Como resguardar o direito do credor em ver seu crédito satisfeito, sem alçar o débito da outra parte em causa de sua penúria?

Estas questões se intercalam na atual sociedade, de modo a levar o jurista a conceber instrumentos eficazes para a proteção da pessoa e a garantia do crédito.

Para se resguardar o crédito, nasceu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, conhecida na Inglaterra e nos Estados Unidos como *disregard of legal entity* e caracterizada por inúmeras expressões como *to pierce the veil*, *to lift the curtain*, *to pierce and look behind the veil*, *cracking open the corporate veil*, baseia-se na possibilidade de poder desconsiderar a personalidade jurídica sempre que houver abusos ou infração à lei, levados a cabo por meio da estrutura da pessoa jurídica.

Assim é que, para Alexandre Ferreira de Assumpção Alves:²⁸

Hodiernamente, a sociedade não é mais concebida como um ente capaz apenas de proporcionar “lucros” ou satisfazer os ideais de seus integrantes – argumentos tradicionais para justificar a personalidade das pessoas morais. O empresário (sociedade) tem um compromisso com seu colaboradores, dependentes e independentes, e com a comunidade. Se a atuação da pessoa jurídica conduz à prática de atos ilícitos, não é possível manter os sócios sempre incólumes aos prejuízos por eles causados a terceiros.

No espectro legislativo, poucas eram as referências que se faziam à possibilidade de responsabilização pessoal dos administradores ou sócios, como o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25/10/66), através do art. 135, inciso III e a CLT, art. 2º, § 2º.

²⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: *Problemas de Direito civil-constitucional*. 2000, p. 255.

Em 1990, ganhou o Brasil uma lei, estruturada na forma de Código, que regulamentava os direitos e deveres do consumidor, sob o n.º 8.078, que trouxe em seu corpo séria inovação em relação ao instituto da desconsideração da pessoa jurídica

Para Waldirio Bulgarelli ²⁹ a lei n.º 8.078, de 11/09/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, também acolheu condicional e parcialmente essa teoria, dedicando-lhe uma seção específica (a IV do capítulo referente a qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos) e o fez basicamente no art. 28 e seu § 5º que dispõe:

*Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração.
§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*

O art. 59 do Projeto do Código Civil de 1975 em sua redação original não aplicava de maneira clara e precisa o espírito do instituto que se deve levar em consideração, em razão das finalidades naturais nas quais é fundado todo o sistema jurídico, pois assim preceituava:

*A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.
Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.*

Conforme se observa, contrariando a finalidade originária da teoria, o art. 59 do projeto previa a dissolução da pessoa jurídica quando fosse utilizada para fraude ou

²⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 1996, p. 22.

abuso de direito. A distinção entre suspensão e extinção ou dissolução é fundamental, pois a grande vantagem da desconsideração em relação aos demais mecanismos de coibição de fraude previstos pelo Direito é a preservação da pessoa jurídica naquilo que não se relaciona com o ilícito praticado, preservando a sociedade empresária e os legítimos interesses envolvidos, como são os dos demais sócios, empregados e da própria comunidade.

Para Jean Louis Bergel ³⁰ a regra de direito é um mandamento que a ordem jurídica dirige ao homem. Para além da obrigação, da autorização e da proibição que ela comporta, conforme os casos, a norma jurídica pode comportar muitas prescrições intermediárias e complementares. Não há, portanto, regra absoluta ou que seja fechada a inter-relações, não existe mais a figura do direito subjetivo total, irrestrito, absoluto, pois consoante Pietro Perlingieri: ³¹

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto por poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função social de solidariedade presente ao nível constitucional.

Objetivando maior operabilidade do instituto da teoria da desconsideração da pessoa jurídica consistente em definição suficiente, o art. 59 do projeto originário sofreu alterações buscando dessa maneira o legislador dar o sentido da palavra que o designa segundo os elementos que o constituem.

O art. 50 preceitua, portanto, que:

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.

³⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. 2001, p. 402.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2002, p. 121.

A nova redação ao art. 50 preserva a finalidade da teoria, não prevendo mais a dissolução da sociedade empresária. Na justificação da emenda realizada, o relator do projeto no Senado, Senador Josaphat Marinho, faz a importante distinção entre despersonalização e desconsideração, destacando que na desconsideração *subsiste o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, que é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto.*³²

De acordo com a sua formulação original, a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e sociedade empresária não se mostra, de acordo com a formulação original da teoria, suficiente para autorizar a aplicação da teoria.

Esses pressupostos de aplicação da desconsideração não são respeitados nas leis que a prevêm expressamente no Brasil (art. 28, Lei n° 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei n° 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4°. Lei n° 9.605, de 1998 – Nova Lei Ambiental).

No novo Código Civil, procurou-se mediante o encaminhamento de emenda modificativa ao art. 50, além da preservação da personalidade jurídica da sociedade empresária na aplicação da teoria, a previsão da fraude e do abuso de direito como pressupostos necessários para a aplicação da teoria, prevalecendo no texto alterado a previsão do abuso, do desvio de finalidade e da confusão patrimonial como elementos autorizadores para a aplicação da desconsideração.³³

Assim, deve-se buscar informações, mormente no espectro do Direito Comparado, para que se possa ponderar e avaliar de modo perfeito a satisfação dos créditos e a preservação da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In:

³² TADDEI, Marcelo Gazzi. Desconsideração da personalidade jurídica. In: *Revista Jurídica CONSULEX*. ano II, n° 18, jun. 1998, pp. 30-1, v. I.

³³ Id. Ibid. 1998, p. 30

Problemas de Direito civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do código de defesa do consumidor e a disregard doctrine*. Tese (Doutorado), UERJ, Mimeo, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. Novo código civil brasileiro/lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 1983.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006.

FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

TADDEI, Marcelo Gazzi. Desconsideração da personalidade jurídica. In: *Revista Jurídica CONSULEX*. ano II, nº 18, p.30-31, jun. 1998, v. I.

TOMAZETE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 794, dez.-2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2002, v. I.