



TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA POSSIBILIDADE PREVISTA PELA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

*Bruna Henrique Hübner*¹

RESUMO

No seguinte estudo buscou-se, sem a intenção de esgotar o assunto, analisar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, seu histórico, previsão legal e formas de aplicação, tendo em vista sua previsão expressa na Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Brasileira. Ademais, far-se-á uma breve análise das teorias correlatas a da desconsideração da personalidade jurídica: teoria maior, teoria menor, teoria objetiva e teoria subjetiva. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica. A escolha legislativa em prever a teoria da desconsideração foi feliz, pois ela pode coibir atos corruptivos na seara empresarial, bem como efetivar a aplicação das sanções prevista pela Lei Anticorrupção.

PALAVRAS CHAVES: Lei Anticorrupção. Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

In the following study we attempt to analyze the disregard doctrine in the Brazilian legal system, its history, legal provision and application forms, after the publication of the Law nº 12.846/2013 - Brazilian anti-corruption law. Moreover, there will be a brief analysis of the disregard doctrine in correlation to the legal personality theories: greater theory, smaller theory, objective and subjective theory. The method of approach used was the hypothetical-deductive and as a research technique, the bibliographic references. The legislative choice in predicting the disregard doctrine theory was happy, because it can delinquent corruptive acts in enterprise field and effect the application of the penalties provided for by Law Anti-corruption.

KEYWORDS: Anti-corruption law. Disregard doctrine.

¹ Bruna Henrique Hubner é graduanda em Direito da UNISC, bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e membro do projeto de pesquisas intitulado PATOLOGIAS CORRUPTIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos. E-mail: bruna.hubner@outlook.com.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A Lei 12.846/2013 traz no seio de seu texto, especificamente no art. 14², a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), sempre que a personalidade seja utilizada com abuso de direito ou para provocar confusão patrimonial.

Buscou-se no presente trabalho, de forma sucinta, abordar os aspectos gerais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito pátrio, a fim de elucidar o instituto previsto na Legislação Anticorrupção.

2 A PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente, cabe esclarecer que antes de se fazer considerações acerca da teoria da desconsideração da personalidade é necessária a conceituação de “pessoa jurídica”, pois um dos elementos essenciais para que ocorra a desconsideração é a existência de personalidade jurídica.

A teoria da personalidade jurídica estabelece que as pessoas dos sócios e seus respectivos patrimônios são distintos da pessoa e do patrimônio da sociedade, assim, os direitos e deveres da pessoa jurídica não correspondem aos dos indivíduos que a integram. A separação patrimonial é vista como um grande avanço para o desenvolvimento econômico, pois fomenta os investimentos, haja vista a limitação (no caso das sociedades anônimas e limitadas) dos possíveis riscos causados aos patrimônios (CÔRREA JUNIOR; MOTIN, 2009).

No entanto, o substrato que justifica o nascimento e a existência da pessoa jurídica é, em alguns casos, esquecido e passam a vê-la sob um ponto estritamente formal, utilizando-a como forma de escudo ou proteção para realizar práticas em benefício próprio, sem haver a responsabilização direta dos agentes (CÔRREA JUNIOR; MOTIN, 2009).

Nesse contexto, nasce a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*, *piercing the corporate veil doctrine*), sendo uma forma de

² Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

preservar o instituto da personalidade jurídica, coibindo seu mau uso, em outras palavras, impedindo que os indivíduos usufruam do véu da pessoa jurídica para evitar obrigação existente ou tirar vantagem da lei (CÔRREA JUNIOR; MOTIN, 2009).

Dentre as teorias da personalidade jurídica, duas são mais relevantes e difundidas: a Teoria da Ficção, que foi concebida durante a Idade Média e mais tarde por Savigny, sendo preponderante na França e Alemanha do século XVII, para a qual “a pessoa jurídica seria apenas uma criação do legislador, sendo incapaz de ter vontade própria” (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 272) e a Teoria Realista, que tem como porta voz Gierke, que defende ter a pessoa jurídica vontade própria, “pautando-se na razão da pluralidade de seus componentes, daí a noção de se tratar de uma “pessoa composta”.” (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 272) e que passa a ser vista “como fenômeno associativo – um organismo social – a pessoa jurídica expressaria uma realidade social preexistente ao próprio direito” (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 272), ou seja, a pessoa jurídica não seria uma criação exclusivamente jurídica, na realidade o direito apenas estaria reconhecendo e regulando esta realidade social.

As duas teorias, realista e ficcionista, podem possibilitar a aplicação da teoria da *disregard doctrine*, pois ambas reconhecem a existência da personalidade jurídica (KOURY, 2003).

No entanto, dependendo a teoria adotada, há variação no entendimento do tema. Dessa forma, quando é adotada uma posição ficcionista, juntamente vem a possibilidade de a lei poder, a qualquer tempo, suspender os efeitos da personalidade jurídica, desconsiderando-a. De outra banda, os defensores da teoria realista tratam a desconsideração como um instrumento do direito positivo para ajustar as construções jurídicas a seus efeitos metajurídicos (KOURY, 2003).

Koury (2003) defende que o instituto da personalidade jurídica é detentor de relatividade e historicidade, aduzindo ser qualquer teoria abstrata da pessoa jurídica não imune a condicionamentos históricos e a realidade social dominante.

Assim, a teoria ficcionista de Savigny nasceu na época em que se buscava dar unidade aos Estados, anteriormente divididos em feudos, atribuindo-se aos Estados o poder de criar a pessoa jurídica. O realismo de Gierke, por outro lado, pode ser visto como uma proteção à classe burguesa, então dominante, contra

latentes intervenções do Estado, reconhecendo automaticamente as sociedades como distintas das pessoas dos sócios (KOURY, 2003).

Conclui-se que o conceito de pessoa jurídica varia de acordo com o momento histórico e a ideologia adotada pelo ordenamento jurídico, de maneira que se pode conhecer o conceito de pessoa jurídica de um determinado sistema jurídico através das normas consagradas por ele a esse respeito. Decorre disso o caráter relativo da personalidade jurídica, que corresponde à relatividade de atribuição do privilégio de existir e agir unitariamente como grupo, sendo, assim, um desdobramento da própria relatividade do reconhecimento (KOURY, 2003).

O caráter relativo da personalidade jurídica permite a compreensão da ideia de desconsideração, pois, a superação que a relatividade da pessoa jurídica propõe, mostra-se como um dos possíveis instrumentos a serem utilizados pelo poder central para controlar e corrigir a força dos grupos, restaurando um equilíbrio comprometido, combatendo abusos ao privilégio concedido, bem como realizando completamente os fins aos quais foi criada a pessoa jurídica (KOURY, 2003).

Tecidos os comentários iniciais, passa-se a abordar os conceitos de sujeito de direito e pessoa jurídica no sistema jurídico brasileiro. Fábio Coelho (2012) ensina que sujeito de direito e pessoa não são sinônimos, sendo aquele gênero do qual a pessoa é espécie. Tudo aquilo que a ordem jurídica reputa ser titular de dever ou direito é chamado de sujeito de direito, isso inclui determinadas entidades que não são consideradas pessoas, como o espólio, o nascituro, a massa falida, o condômino horizontal etc. Estes entes despersonalizados compõe juntamente com as pessoas jurídicas o universo dos sujeitos de direito.

De forma sucinta, Couto Silva ilustra que:

A personalidade jurídica é atribuída pelo Direito tanto ao homem (pessoa física ou pessoa natural) ao nascer com vida, quanto à pessoa jurídica quando da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (COUTO SILVA, 2009, p. 06).

A todo o homem o ordenamento jurídico reconhece personalidade, diferentemente da capacidade. Pode-se dizer que a personalidade é a “faculdade reconhecida ao ser humano de exprimir a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações, capacidade é aptidão para exercer esses direitos” (COUTO SILVA, 2009, p. 06).

O Código Civil de 1916 já previa em seu art. 20 o princípio da separação entre sócio e sociedade. Ademais, a pessoa jurídica “é ente dotado de vontade própria, que não pode ser confundida com a vontade individual dos membros que a compõe” (COUTO SILVA, 2009, p. 12), ou seja, a pessoa jurídica é sujeito de direito distinto das pessoas dos membros que a compõe.

Vivante defende a teoria da representação, que entende que o diretor ou gerente é mandatário da sociedade, por isso não responde pelas obrigações da sociedade. Já a teoria dos órgãos, adotada em nosso ordenamento prevê que a pessoa jurídica atua por meio de seus órgãos e seus atos serão considerados como da pessoa jurídica. Os órgãos exercem as funções que lhe competem, sendo a vontade do órgão entendida como a vontade da própria pessoa jurídica (COUTO SILVA, 2009).

A personalização pode ser entendida como uma técnica jurídica usada para se atingirem específicos objetivos práticos, como autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais, não recobrando toda a esfera de subjetividade, em direito (KOURY, 2003).

Tomando esse conceito como base, há de se fazer alguns esclarecimentos. Inicialmente, cabe salientar que quando se afirma ser a personificação um instrumento não se pretende dizer ser a pessoa jurídica inexistente ou reduzi-la a simples expressão vocabular, ou seja, “atribuir à personalidade jurídica um valor limitado e relativo não significa negar validade a este instituto” (COUTO SILVA, 2009, p.17).

Nascimbeni (2013) define pessoa jurídica como um grupo de pessoas ou conjunto de bens, como é o caso das fundações, ao qual o Estado reconhece a possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, com existência distinta da de seus membros e com uma função social de realizar também os interesses do coletivo, sobretudo no tocante ao dever de contribuir para a arrecadação de tributos, ou seja, “a pessoa jurídica tem importante missão social a cumprir, que é a do atendimento de interesses não apenas de seus sócios, mas também de toda a comunidade.” (NASCIMBENI, 2013, p.131).

Diante dos desvios de uso da personalidade jurídica, há a necessidade de uma teoria como a da desconsideração da personalidade jurídica a fim de fixar limites para a utilização da personalidade jurídica, advinda da lei e ao encontro do interesse social, “o que seria totalmente desnecessário se as entidades

personalizadas não fossem reais para o direito e se a personalidade se reduzisse a mera expressão vocabular” (KOURY, 2003, p.08).

Para Recaséns, a personalidade jurídica individual, leia-se pessoa física, é tão artificial quanto a coletiva, analisada sob o ponto de serem uma construção do direito “pois o que o sujeito individual tem de único e intrasferível como ser humano fica fora do direito” (KOURY, 2003, p.08), dessa forma, a palavra pessoa vem a indicar um papel, uma função previamente determinada, não o homem real que atua no teatro, mas sim o papel por ele desenvolvido. Assim sendo, o direito só tem comando sobre o cidadão, o vendedor, o herdeiro, o delinquente, ou seja, sobre todos os papéis que o ordenamento jurídico criou, não abrangendo toda a esfera subjetiva do ser humano (KOURY, 2003).

Frente aos entes coletivos, há duas posturas possíveis: 1ª) o sistema jurídico dá personalidade coletiva a realidades sociais que já constituem um complexo configurado; e 2ª) o sistema jurídico cria o ente coletivo não só em relação à sua personalidade jurídica, mas também em sua realidade social alheia ao direito. No primeiro caso, temos o chamado substrato de fato, que corresponde ao que Siches denomina de personalidade social, entendida como “uma espécie de organização a serviço de um fim comum, tendo seus membros consciência desta unidade teológica.” (KOURY, 2003, p.09).

No entanto, é corriqueiro o direito não conceder personalidade a entes que, usando o conceito de Siches, possuem personalidade social, sendo bem clara, então, a independência entre esses dois conceitos. O ordenamento jurídico italiano traz um exemplo notório a esse respeito, pois concede personalidade jurídica às sociedades comerciais e não o faz em relação às sociedades civis e comunidades, que possuem o mesmo substrato que aquelas: a coletividade de sócios e a finalidade comum (KOURY, 2003).

A fim de justificar tal posição legislativa, Ascarelli afirma que, no caso das sociedades civis e comunidades, a personificação não é tida como necessária, ao contrário do que ocorre com as sociedades comerciais, pois nelas a finalidade vai além dos indivíduos que a compõe, além do fato de precisarem manifestar-se perante terceiros (KOURY, 2003).

Até doutrinadores que adotam posições mais clássicas no seio da teoria da realidade das pessoas morais admitem a necessidade de serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico, para que se tornem pessoas jurídicas, assim, a de se acordar

que a personalidade jurídica deve existir na medida em que a coletividade a exige e necessita, não podendo o sistema jurídico ficar inerte a tais exigências, sob pena de distanciar-se da realidade social (KOURY, 2003).

Dessa forma, pode-se concluir que o direito reconhece personalidade jurídica a determinados entes que constituem um coletivo antes de tal reconhecimento ou, como na França, que sejam pessoas morais, bem como pode reconhecer personalidade a coletividades que não apresentam a chamada personalidade moral ou social.

Assim, não se pode querer chegar a uma determinação de um substrato único, ou seja, a um conceito no qual possam ser enquadradas todas as pessoas jurídicas, independente da análise da legislação de cada Estado (KOURY, 2003).

Ademais, a personificação não cobre toda a esfera da subjetividade, em direito, pois, a lei reconhece direitos a determinados agrupamentos patrimoniais, como a massa falida, sem personalizá-los, concluindo-se que nem todo sujeito é uma pessoa (KOURY, 2003), como já dito anteriormente.

Passadas as considerações acerca do instituto da pessoa jurídica, deve-se fazer alusão ao princípio da autonomia patrimonial, que é de suma importância para a concretização da pessoa jurídica, que nada mais é do que a separação do patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio da pessoa física, ou seja, as dívidas contraídas pela empresa não alcançariam os bens dos seus sócios.

No Brasil, a personalidade jurídica das sociedades vem com o registro dos atos constitutivos no órgão competente, se não há tal registro, não faz diferença a existência ou não do ato constitutivo. Assim, se a sociedade é irregular ou de fato, esta não é uma pessoa jurídica, logo, a autonomia patrimonial não incide sobre essas sociedades, bem como não há a possibilidade de ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica, visto que não houve a constituição da pessoa jurídica. Nestes casos, os sócios assumem responsabilidade direta, solidária e ilimitada pelos atos praticados pelas sociedades (BLOK, 2013).

Além do que já foi referido, para ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica é necessário que a responsabilidade dos sócios seja limitada, ou seja, “deve se tratar de sociedade anônima ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada” (BLOK, 2013, p. 99).

O pressuposto basilar para a aplicação da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude ou no abuso de direito relativos

à autonomia patrimonial, todavia, tal entendimento não esta pacificado na doutrina brasileira. Para Comparato tal formulação da desconsideração é equivocada, pois a confusão patrimonial é o requisito primordial da desconsideração, desenvolvendo o que se costuma chamar de sistema objetivo (BLOK, 2013).

A confusão patrimonial pode servir como termômetro para a aplicação da desconsideração, mas não de forma isolada, ou seja, não pode ser vista como o elemento primordial para caracterizar a aplicação da *disregard*. Aliás, há casos ensejadores de desconsideração onde não há confusão patrimonial, mas o desvio da pessoa jurídica. Muitas vezes a teoria é aplicada sem necessidade, pelo fato de haver confusão na diferenciação entre a desconsideração dos sócios e a desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração pode ser distinguida de outras hipóteses de responsabilização dos sócios ou administradores pelo pressuposto da licitude, pois a responsabilização dos sócios ou administradores não guarda relação com o uso fraudulento da autonomia patrimonial. Por exemplo: a responsabilização do administrador de uma instituição financeira por atos de má administração é independente da eficácia do ato constitutivo da sociedade, bem como quando os sócios ou administradores extrapolam seus poderes, de forma violar a lei ou o contrato social, a lei lhes impõe a responsabilização por tais atos, todavia, não se cogita a desconsideração, mas a responsabilização pessoal e direta dos sócios (BLOK, 2013).

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Foi a partir do século XIX que cresceu a preocupação da doutrina e dos tribunais com a utilização do instituto da pessoa jurídica para fins diferentes dos quais ela foi criada, dessa forma, houve a busca de mecanismos para conter tais desvirtuamentos. Haussmann elaborou a chamada teoria da soberania, que é desenvolvida, na Itália, por Mossa, que pode ser considerada um precedente da *Disregard Doctrine*. Como pontos em comum, as duas apresentam serem baseadas em princípios e não em normas expressas do ordenamento jurídico (KOURY, 2003).

Foi no sistema da *common law*, principalmente nos Estados Unidos da América, que se deu, inicialmente na jurisprudência, a utilização da desconsideração da personalidade jurídica (KOURY, 2013).

Parte da doutrina entende ser o precedente da teoria o caso *Bank of United States v. Deveaux*, outra parte manifesta ser o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co*, aquele data de 1809:

[...] no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu art. 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.

Como bem assinala WORMSER, não cabe aqui discutir a decisão em si, a qual foi, na verdade, repudiada por toda a doutrina, e sim ressaltar o fato de que já em 1809 "... as cortes levantavam o véu e consideraram as características dos sócios individuais". (KOURY, 2003, p.64).

Para Koury (2003), o caso acima citado trata-se do *leading case da Disregard Doctrine* e não o famoso caso inglês *Salomon v. Salomon & Co*, datado de 1897. Primeiramente, atenta as datas dos julgamentos, 1809 e 1897, portanto o caso americano foi julgado oitenta e oito anos antes do inglês.

Além disso, embora o juiz de 1º grau e a Corte de Apelação terem desconsiderado a personalidade jurídica da companhia criada por Salomon e outras seis pessoas de sua família, sendo uma extensão da atividade pessoal dele, uma *agente* ou *truste* de Aron Salomon, que permanecia sendo o verdadeiro proprietário do estabelecimento que falsamente transferiu à sociedade. A decisão foi reformada pela *House of Lords*, alegando que a companhia havia sido constituída de forma válida e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido obrigações garantidas por hipoteca (BLOK, 2013).

A teoria tem sua origem doutrinária identificada, por muitos, nas lições do jurista norte-americano Maurice Wormser, em 1912. No entanto, Rolf Serick é considerado o principal sistematizador da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953 (BLOK, 2013).

Antes de Serick, outros autores já tinham se dedicado ao estudo da temática, no entanto, não se encontra claramente nos estudos precursores a

motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (COELHO, 2012).

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica é usada como meio de frear o uso indevido do instituto da pessoa jurídica, esse desvio da função da pessoa jurídica traz o chamado negócio indireto: “É aquele em que as partes se propõem alcançar uma finalidade que não é a finalidade típica, segundo a lei, do negócio jurídico escolhido” (KOURY, 2003, p. 68).

A *Disregard Doctrine* é um recurso jurídico contra a utilização indireta das sociedades comerciais. Tal teoria pode fundamentar seu uso na noção de abuso de direito, sendo o ato abusivo aquele que vai de encontro ao final almejado pelo instituto jurídico. No entanto, não se pode tomar unicamente o abuso de direito como fundamento para usufruir de tal recurso. Para Serick pode-se utilizar a desconsideração em dois casos: “quando se utiliza abusivamente a estrutura formal da pessoa jurídica para fins ilícitos, e para relacionar determinadas normas com a pessoa jurídica” (KOURY, 2003, p. 80).

A teoria pode ser aplicada em qualquer ordenamento que faça distinção entre a personalidade jurídica e a personalidade de seus membros, porém, com diferenças nas chamadas famílias do direito, pois na *common law* usa-se da desconsideração toda vez que haja a necessidade de evitar solução anormal ou injusta, principalmente no direito norte-americano, todavia, o direito inglês está bastante ligado a ideia do precedente representado pelo caso Salomon e a meios indiretos (a *agency*, o *trust* e a fraude à lei) para se chegar ao uso da desconsideração (KOURY, 2003).

Não se pode dizer que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi usada quando, em certos casos, os administradores, sócios e gerentes respondem pelas dívidas da sociedade, possuindo tal medida caráter excepcional e “visa a punir aqueles que tenham agido com excesso de poderes ou de maneira contrária à lei ou aos estatutos.” (KOURY, 2003, p. 98), pois a personalidade jurídica “não foi manipulada, não serviu como “véu” para que tais pessoas agissem e não pudessem ser responsabilizadas.” (KOURY, 2003, p. 98).

Na jurisprudência norte-americana a aplicação da teoria se dá de forma casuística, sob influência da *equity*³, de sua preocupação com a justiça do caso singular, sendo o juiz o próprio criador do direito (*judge-made law*) (KOURY, 2003).

Aliás, não há uma “receita de bolo” para seguir para se aplicar a *Disregard Doctrine*, sendo necessária a análise caso a caso e, dependendo das circunstâncias casuísticas, aplicar ou não a desconsideração. No entanto, o pragmatismo dos juristas e tribunais americanos conduziu-os a criar uma espécie de teste com duas partes básicas, no caso de grupos de empresas: primeiro, deve ser provada a unidade de interesse e controle, a fim de ser demonstrada que a existência separada não ocorre na realidade, tal parte do teste é conhecida como requisitos formais (*formalities requirement*); secundariamente, a Corte deve provar que o reconhecimento da separação levaria a um resultado injusto, fase esta chamada de requisitos de justiça (*fairness requirements*) (KOURY, 2003).

Algumas áreas do Direito possuem previsão específica e expressa acerca da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, não obstante, devemos sempre levar em consideração que o instituto da desconsideração pertence à Teoria Geral do Direito, pois não existem dúvidas de que, indiferentemente da natureza do vínculo jurídico, se a pessoa jurídica possuir sócios agindo fraudulentamente, com abuso de direito ou com violação da lei, caberá a superação momentânea da personalidade jurídica para se responsabilizar pessoalmente os envolvidos (FARIA, 2007).

4 O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Havia doutrinadores que afirmaram ser a teoria da desconsideração de difícil aplicação, antes de sua positivação, em nosso ordenamento, tendo vista o sistema da *civil Law*, todavia, mesmo antes de estar expressa em nossos textos legais, ela era aplicada.

Antes da década de 90 não havia previsão normativa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em nosso ordenamento. Contudo,

³ A *equity* é mais preocupada em buscar a justiça ao invés daquilo que é rigorosamente conforme as regras.

acabou-se percebendo que sob o véu da personalidade jurídica ocorria um grande número de fraudes, sendo imprescindível que os tribunais, apesar do obstáculo do art. 20 do Código Civil de 1916 ⁴ (que não foi repetido de forma expressa no Código Civil de 2002) caminhassem de forma a romper esse dogma e corrigir injustiças, atendendo as necessidades emergentes, fundamentando suas decisões, inúmeras vezes, na doutrina alienígena (CORRÊA JUNIOR; MOTTIN, 2009).

Foi na década de 1960 que se deu o ingresso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, por meio de uma conferência de Rubens Requião, que sustentou a plena adequação do direito pátrio à teoria da desconsideração, defendendo a sua aplicação pelos magistrados, independente de previsão legal. Argumentava, basicamente, que as fraudes e os abusos cometidos através do manto da personificação não poderiam ser combatidos senão fosse usada a teoria da desconsideração pelo direito brasileiro (REQUIÃO, 1969).

É pacífica na doutrina e jurisprudência brasileira que a *disregard doctrine* pode ser aplicada em nosso sistema jurídico, independente de qualquer alteração legislativa, pois é um instrumento de combate a atos fraudulentos. Seria uma forma de amparar a propagação de fraudes se passássemos a afirmar a impossibilidade de aplicação da teoria, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal expresso (BLOK, 2013).

Para Flavia Albertin de Moraes (2009) foi Pontes de Miranda quem introduziu no seio da doutrina brasileira a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica, argumenta que o jurista faz referência ao assunto, de forma embrionária, em seu Tratado de Direito Privado. Contudo, seu posicionamento acerca da teoria é um tanto equivocado, pois observava, nas manifestações estrangeiras sobre o tema, substrato para a criação de mecanismos que vinham de encontro ao instituto da personalidade jurídica e que não buscavam seu fortalecimento, como defendido pelos adeptos da teoria. Assim, possuía uma visão negativa da desconsideração, para ele, constituía uma teoria negadora da autonomia patrimonial da empresa.

A preocupação dos doutrinadores com a fundamentação legal levava-os a recorrer às regras gerais de eficácia do ato jurídico, quais sejam, a do fim lícito, a do regime legal de nulidade e de anulabilidade, como princípios que autorizavam a

⁴ Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.

desconsideração e que permitiam, por exemplo, identificar-se o fim ilícito dos sócios de uma pessoa jurídica, quando a sua vontade substituir a desta, e puni-los, sem, entretanto, desconstituir-se a pessoa jurídica.

No entanto, há no ordenamento pátrio hipóteses previstas para a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como o art. 2º, § 2º CLT, o art. 176, § 1º CF/1988, o art. 117, alínea f, da Lei 6.404/1976, o art. 28 Lei 8.078/1990, o art. 222, §1º CF/1988, bem como a súmula 486 do STF (KOURY, 2003).

Cabe dizer que desconsideração não é sinônimo de despersonalização, esta significa anular definitivamente a pessoa jurídica, aquela é uma retirada momentânea da personalidade. A desconsideração é medida excepcional, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo a desconsideração uma exceção.

Dessa forma, a desconsideração deve ocorrer quando a sociedade empresarial for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Caso o ilícito seja, desde logo, imputado ao sócio, ou seja, identificado como ato do sócio ou administrador, não incide a desconsideração (BLOK, 2013).

Vale salientar que não se “destrói” a pessoa jurídica, ela continua a existir, pois a desconsideração é momentânea e só ocorrerá após uma decisão judicial na qual o juiz “limita-se a confinar a pessoa jurídica à esfera que o direito lhe destinou.” (BLOK, 2013).

4.1 A teoria maior e a teoria menor

Acabaram se formando duas teorias em torno da desconsideração da pessoa jurídica: a teoria maior e a menor. A primeira é a que consagra os princípios clássicos da teoria da desconsideração, como proposto por Rolf Serick, na defesa de sua tese de doutorado, ou seja, é considerada como a supressão momentânea da separação patrimonial quando ocorrer fraude ou abuso na utilização da personalidade jurídica, cuja prova é ônus do credor; o art. 50 do Código Civil de 2002 e o *caput* do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) consagram tal teoria (BLOK, 2013).

A grande dificuldade de aplicação da teoria maior é o fato do ônus probante ser do credor da relação jurídica. Assim, nasce a teoria menor, que caracteriza o uso

da desconsideração toda vez que houver inadimplência da obrigação, ou seja, “a desconsideração será levada a efeito sempre que houver a insatisfação do crédito do credor da sociedade.” (BLOK, 2013, p. 111).

Para os defensores da teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser repassado a terceiros, devendo ser dos sócios ou dos administradores da empresa, ainda que apresentem conduta administrativa correta (BLOK, 2013).

Contudo, quando não existir previsão legal para a desconsideração, a aplicação da teoria maior é a regra, pois a teoria menor só é aplicada quando existir norma expressa que autorize (BLOK, 2013).

A teoria menor está expressa no § 5º do art. 28 do CDC e no art. 4º da Lei de Crimes Ambientais. Tal teoria é vista como superficial, pois garante a responsabilização dos sócios sempre que a sociedade não possuir bens para cumprir sua obrigação.

Parcela da doutrina entende que a teoria maior deve ser aplicada em caso de obrigações negociáveis (“aquí compreendidas como aquelas obrigações não provenientes de um contrato empresarial as quais não estão sujeitas à personificação” (BLOK, 2013, p. 111).) e que a teoria menor é aplicável em se tratando de obrigação não negociável (decorrentes de contratos de trabalho, obrigações tributárias, as originadas em um ato ilícito, as decorrentes das relações de consumo e de meio ambiente, que não são objeto de ampla e livre negociação, dentre outras).

Cabe esclarecer que são amplamente difundidas as críticas a teoria menor, pois defendem que a mesma enseja insegurança jurídica. Já a teoria maior é largamente difundida em nosso ordenamento, constando massivamente na doutrina e jurisprudência.

4.2 Teoria subjetiva e teoria objetiva

Quando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzido no direito pátrio, houve discussões calorosas acerca do tema, gerando duas correntes de pensamento acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a subjetiva e a objetiva.

Rubens Requião defende a teoria subjetiva, que exige como requisitos para a aplicação do instituto a demonstração de fraude (“no sentido de descumprimento ostensivo da lei, embora sob aparência de seu cumprimento” (TEPEDINO, 2007, p.58)) ou abuso de direito (“utilização da pessoa jurídica para fins pessoais, verificando-se confusão entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica, em autêntico desvio de finalidade do objeto social” (TEPEDINO, 2007, p.58)), ou seja, “exigi-se a demonstração de fatos atribuíveis ao sócio ou administrador que frustrem legítimo interesse do credor mediante manipulação fraudulenta da pessoa jurídica.” (TEPEDINO, 2007, p. 58).

Fábio Konder Comparato, redator do atual art. 50 do Código Civil, defende a teoria objetiva, que traz como critério central para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a interpretação funcional do instituto, não sendo necessário que ocorra a fraude ou o abuso de direito, como pretende a teoria subjetiva, pois, caso fossem levados sempre em consideração, a desconsideração não seria aplicada em inúmeros casos de ineficácia da separação patrimonial em benefício do controlador sem ser caracterizado abuso de direito ou fraude (TEPEDINO, 2007).

Tal teoria impunha que a desconsideração deve ser operada quando ocorrer desvio de função, resultante, na maioria das vezes, de fraude ou abuso de direito, mas que nem sempre constitui ato ilícito. “Note-se que de acordo com esta corrente doutrinária, a disfunção ocorrerá sempre que “o comportamento do sócio ou a relação estabelecida torna inútil ou ineficaz a organização societária.” (TEPEDINO, 2007, p.59). Seria, então, a função a criação de um “centro de interesse autônomo”, que uma vez ausente, justificaria a desconsideração.

Ademais, nos grupos empresariais a desconsideração sempre ocorreria em função do poder de controle societário. Dessa forma, a confusão patrimonial entre controlada e controladora é requisito básico para a aplicação da *disregard doctrine*. No direito americano, tal situação denomina-se *comingling of funds*, algo equivalente à ‘promiscuidade dos fundos’, que ocorre, por exemplo, quando o sócio utiliza-se do patrimônio da pessoa jurídica para efetuar pagamentos pessoais e vice-versa, situação em que não há uma separação entre as atividades da pessoa física e da pessoa jurídica (TEPEDINO, 2007).

Nossa doutrina e jurisprudência adotaram a teoria subjetiva, no entanto, não rara às vezes há a aplicação das duas teorias.

Aos que adotam a concepção subjetivista o abuso de direito e a fraude são hipóteses exclusivas que ensejam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (COUTO SILVA, 2009).

Como já referido anteriormente, é atribuído à Comparato a criação da concepção objetiva da teoria, defendendo que o real critério para a aplicação da *disregard doctrine* está ligada ao pressuposto de separação patrimonial e não do uso que se faz da sociedade, dessa forma, rejeita o subjetivismo da formulação da teoria da desconsideração apresentada no direito continental por Rolf Serick baseando-se no direito norte-americano em Wosmser seguida por Requião e outros no Direito brasileiro (COUTO SILVA, 2009).

4.3 Teoria *ultra vires*

A pessoa jurídica tem sua vontade exteriorizada por uma pessoa natural, ou seja, suas condutas são realizadas por um indivíduo, lembrando que os direitos e deveres da sociedade são distintos da dos sócios ou administradores.

Os administradores tem o dever de obediência para com o estatuto ou contrato social, devendo sempre agir nos limites do objeto social, ou seja, *intra vires*; quando os limites do objeto social são extrapolados pelos administradores, agem *ultra vires* (COUTO SILVA, 2009).

Os administradores sempre serão responsabilizados pelos prejuízos causados pelos atos praticados *ultra vires* (art. 158, II, da Lei de Sociedades por Ações), e nos atos *intra vires* serão responsabilizados por culpa ou dolo pelos prejuízos causados. Contudo, se o administrador age *intra vires*, observando-se o dever de diligência, bem como os demais deveres fiduciários, a “*business judgment rule*” irá proteger a decisão e a administração de responsabilidade (COUTO SILVA, 2009).

A respeito da atuação do judiciário frente à possibilidade de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, o magistrado jamais poderá adentrar no exame da direção dada aos negócios. Sua intervenção está restrita ao exame da ilegalidade cometida e visa reparar os efeitos não desejados pela legislação. A decisão empresarial é discricionária, mas não pode ser arbitrária (COUTO SILVA, 2009).

Da mesma forma que ocorre na Administração Pública, o controle judicial dos atos praticados pelos administradores da iniciativa privada também é limitado,

não sendo o Judiciário capaz de substituir a decisão do administrador. Cabe ao juízo apreciar se os atos foram praticados extrapolando ou não os limites estabelecidos pela lei e pelo estatuto social, no entanto, não pode substituir a decisão do administrador (COUTO SILVA, 2009).

Vale ressaltar que sobre a escolha tomada pelo administrador da empresa ou grupo empresarial:

Essa pode, até, hipoteticamente, estar, em termos comerciais, errada. No entanto, se proferida dentro dos limites impostos pela lei, o Judiciário não poderá atender às reclamações da minoria acionária e adentrar a verificação do acerto ou erro. (COUTO SILVA, 2009, p. 53).

O art. 47 do Código Civil vai ao encontro do art. 1.015 do mesmo diploma, todavia, a pessoa jurídica “deve responder perante terceiros quando seus administradores agem *ultra vires*. A positivação da *teoria ultra vires* no Direito brasileiro foi falha, pois não considerou a devida evolução da teoria.” (COUTO SILVA, 2009, p. 53).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1º de agosto de 2013 foi sancionada a Lei 12.846/2013, a qual dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, conforme texto da própria lei, entrando em vigor 180 dias após sua publicação.

Popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, ela preenche uma lacuna histórica de nosso sistema jurídico, que não possuía até então nenhum diploma específico que punisse pessoas jurídicas por ilícitos (CAPANEMA, 2014). As sanções previstas às pessoas jurídicas que praticassem ilícitos, até então, eram o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública (BITTENCOURT, 2014).

Há doutrinadores que defendem ser a promulgação da Lei uma resposta imediata às manifestações de junho de 2013, ocorridas em todo o território nacional. Contudo, deve-se salientar que existia uma pressão sobre o Estado brasileiro quanto a essa lacuna legislativa, pois o Brasil é signatário da Convenção sobre Combate à

Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico* – OCDE, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e da Convenção Interamericana contra a Corrupção, que estabeleciam a necessidade da responsabilização de pessoas físicas e jurídicas por atos corruptivos (CAPANEMA, 2014).

Somos uma nação onde a corrupção tem raízes históricas e que sofre constantemente com os problemas ocasionados pelo desvio de verbas públicas, cada vez mais marcada pela incredulidade na política nacional e que enxerga na corrupção a origem dos problemas que assolam nosso país.

Em um cenário como esse, a promulgação de uma nova lei combatente da corrupção pode até ser vista como recurso último para o extermínio de tal praga, contudo, sabemos que por mais que o Estado crie mecanismos de combate, a corrupção é mutagênica, camaleônica, o que se pode é diminuí-la.

A Lei n.º 12.846/2013 é um marco histórico no combate a corrupção no Brasil, se tratando de uma legislação recente, dessa forma, a construção feita aqui sobre a teoria da desconsideração da personalidade tem por objetivo apresentar a Lei Anticorrupção de forma segmentada, ou seja, trabalhar um conceito presente na nova lei, mas que já é conhecido e discutido por nossos doutrinadores.

O legislador brasileiro acertou em possibilitar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção, aliás, se o texto não trouxesse essa possibilidade iria de encontro ao fim almejada pelo diploma.

Ademais, a teoria da *disregard doctrine* esta consolidada em nosso ordenamento, havendo a hipótese de aplicação, com previsão expressa, no direito trabalhista, consumerista, ambiental e civil de uma forma geral, não existindo óbice a sua inclusão como forma de efetivar e possibilitar a aplicação das sanções previstas na Lei em comento.

Assim, apresentou-se um conceito integrante do novo diploma a partir de doutrina e jurisprudência já consolidadas, agora, resta aguardar como a desconsideração será aplicada às pessoa jurídicas no âmbito da aplicação da Lei Anticorrupção, contudo, não resta dúvida acerca dos benefícios que essa escolha legislativa pode trazer.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BLOK, Marcella. *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*. Revista dos Tribunais. Vol. 59/2013.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa sociedades*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA JUNIOR, G. D.; MOTTIN, G. W. *A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista do Ministério Público. Porto Alegre. 2009.

COUTO SILVA, Alexandre. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2, ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FARIA, Luciano Chaves. *Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa*. Revista Fórum Administrativo. Ano 7, n. 80, 2007.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Flavia Arbertin de. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo*. Revista de Direito Administrativo. Volume 252. 2009.

NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades anônimas*. Revista dos Tribunais. Vol. 61/2013.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Revista dos Tribunais. RT 410/12, 1969.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 8, vol. 30, 2007.