

FACULDADE RAÍZES
CURSO DE DIREITO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO
POSITIVO NO BRASIL**

CARLOS HENRIQUE SCHÜTZ

Anápolis – GO
2018

CARLOS HENRIQUE SCHÜTZ

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO
POSITIVO NO BRASIL**

Monografia apresentada à Faculdade Raízes, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Lucas Santana de Lima

Anápolis, dezembro de 2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO POSITIVO NO BRASIL

Monografia apresentada à Faculdade
Raízes, curso de Direito, 2018.

BANCA EXAMINADORA

Membros componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Prof. Esp. Lucas Santana de Lima
Faculdade Raízes

Membro Titular: Prof^a Esp. Gabriela Gomes dos Santos Naves
Faculdade Raízes

DEDICATÓRIA

A Deus, minha esposa, minhas filhas, genros e netos, que são a razão da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a minha família.

À todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram por essa importante conquista.

“O sucesso é ser feliz“, caminhando em direção aos sonhos e dominando os pensamentos, a mente e as emoções, o sucesso estará próximo. Sucesso que não significa apenas atingir certo “*status*” econômico ou financeiro, mas também uma vida familiar equilibrada, além da realização espiritual. Fatores que trazem a paz, a alegria e a felicidade.

Roberto Shinyashike, 2012

RESUMO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO POSITIVO NO BRASIL

Essa monografia tem por finalidade abordar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no direito positivo brasileiro, demonstrando como a mesma se faz presente nas leis pátrias, elucidando o seu emprego nos problemas relativos à fraude e ao abuso de direito nas questões societárias. Para melhor compreensão do tema inicialmente é analisada a pessoa jurídica e a sua personalização. Após será tratado especificamente a Desconsideração da Personalidade Jurídica, sua parte histórica e a presença da mesma nas leis pátrias brasileiras. Por último, trará a questão do direito positivo em seus aspectos legais material e processual. Para que o mesmo se pautasse do êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho, preenchida por abordagem dedutiva e por procedimento bibliográfico, em que foram realizadas consultas e estudos em obras existentes de diferentes doutrinadores, leis e julgados.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Positivo. Limitação Patrimonial. Responsabilidade dos Sócios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA	09
1.1 Pessoa jurídica	09
1.2 Os efeitos da personalização da pessoa jurídica	12
CAPÍTULO II – A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	Erro! Indicador não definido. 6
2.1 Origem histórica	16
2.2 O Direito brasileiro e a desconsideração da personalidade jurídica	18
2.3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação brasileira	20
CAPÍTULO III – ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	23
3.1 A força do positivismo jurídico para a operação da desconsideração	Erro! Indicador não definido. 3
3.2 Direito material e a teoria	27
3.3 Direito processual e a teoria	30
3.4 Validade, justiça e efetividade da teoria em campo sócio-jurídico brasileiro	32
CONCLUSÃO	34
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

Essa monografia aborda a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no direito positivo brasileiro, demonstrando como a mesma se faz presente nas leis pátrias, elucidando o seu emprego nos problemas relativos à fraude e ao abuso de direito nas questões societárias.

A atribuição da personalidade jurídica à empresa tem como finalidade admitir que ela adquira direitos e contraia deveres na órbita jurídica independente da pessoa natural do empreendedor que a criou. A personificação, que advém do registro, gera como consequências a responsabilidade patrimonial da empresa com a blindagem do patrimônio dos sócios e a indicação do benefício de ordem em caso de insolvência, além do direcionamento da titularidade negocial e processual.

A função da desconsideração é exatamente evitar que a pessoa natural utilize-se deste escudo de distinção de patrimônios para fins indevidos e ilegais, fazendo recair contra os sócios ou administradores as obrigações pelas dívidas. Portanto a desconsideração da personalidade é a possibilidade, conferida pelo ordenamento jurídico, dos sócios ou administradores responderem pessoalmente pelas obrigações da pessoa jurídica.

Trata o primeiro capítulo da monografia de algumas considerações sobre a pessoa jurídica e personalidade jurídica, já que não há como analisar o instituto da desconsideração sem ao menos examinar os conceitos da pessoa jurídica e seus desdobramentos. O segundo capítulo aborda de forma minuciosa a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, sua origem histórica e ainda situamos o tema no direito brasileiro, discorrendo sobre a história da mesmo no país e destacando também como a desconsideração tem sido aplicada nos diversos ramos de nosso ordenamento jurídico. Na terceira parte é listado o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica em seus aspectos legais material e processual partindo da escola positivista de Kelsen findando na escola neopositivista de Bobbio.

Conclui-se ao final que a escola positivista e os ensinamentos deixados por Kelsen ajuda a estratificação do Direito Positivo no Brasil no que tange a aplicabilidade do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Só é aplicado porque está previsto em legislação e deve ser mantido pelo que foi definido

pelas autoridades devem ser validos pelos tribunais sejam-nos de instancia primária
ou secundária.

CAPÍTULO I – PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 Pessoa jurídica

De forma bem abrangente pode-se conceituar as pessoas jurídicas como sendo um conjunto de bens ou pessoas que possuem personalidade jurídica. Elas são capazes de possuir uma estrutura organizativa, os mesmos objetivos dos membros pelo qual foram criadas e um patrimônio próprio e independente que não se confunde com os dos seus criadores. Logo a pessoa jurídica é uma entidade em que se reúnem esforços para um fim em comum; sendo impossível um só homem realizar a atividade de seu desejo, é necessário que este se junte a outros para que a vontade destes seja realizada.

Não há uniformidade entre os conceitos, e principalmente, entre as terminologias atribuídas a este ente jurídico dentre os doutrinadores da área.

Sobre o conceito de pessoa jurídica, Mendonça (1963, p.78) diz: “A pessoa jurídica é a unidade jurídica, resultante da associação humana, constituída para obter, pelos meios patrimoniais, um ou mais fins, sendo distinta dos seus indivíduos singulares e dotada de capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* direitos patrimoniais”.

O jurista Fábio Uihôa Coelho (1989, p.75) define claramente a pessoa jurídica utilizando-se de conceitos da lógica. Segundo o autor:

“o conceito de pessoa jurídica surgirá da sua localização no conjunto de objetos assemelhados e mais assemelhados (*genus proximum*) e, dentro desse conjunto, da sua identidade frente aos seus pares (*differentia specifica*). O gênero próximo da pessoa jurídica, como se demonstrará, é o ‘sujeito de direito’, e a diferença específica deve ser localizada em relação aos demais sujeitos de direito (pessoa física, nascituro, condomínio, massa falida...). Assim, o ponto de partida para a construção do conceito de pessoa jurídica é a constatação de que se trata de um tipo de sujeito de direito”.

Segundo Rodrigues (2002, p.86), “pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com

personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil”.

Conforme os ensinamentos de Francisco Amaral (2003), pessoa jurídica é um conjunto de pessoas ou bens que se agruparam por conveniência, ou até mesmo por necessidade, para obter um objetivo em comum. A pessoa jurídica é um sujeito de direitos subjetivos, ou seja, possui capacidade para o exercício de direitos, podendo figurar, portanto, no polo ativo ou passivo de alguma demanda; no entanto, tal capacidade não reflete nas pessoas que constituem a sociedade.

Rubens Requião (2011, p.443) expõe que: “A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que fazem cumprir sua vontade”.

Para que haja o “nascimento” da pessoa jurídica, se faz necessária a existência de três pressupostos básicos, quais sejam: a vontade humana criadora, a observância das condições legais para a sua instituição e a licitude de seu objeto. (GAGLIANO e PLAMPONA FILHO, 2005)

Surge assim a pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o artigo 45 do Código Civil de 2002, em que “[...] começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.”

Pode-se notar que para que determinado ente possa ter personalidade jurídica, o ordenamento jurídico impõe regra indispensável, que se consubstancia no próprio registro, a partir do qual este ente passa a existir no meio jurídico, com a exceção das hipóteses em que exige autorização do Poder Executivo para o seu funcionamento.

A falta do registro público do ato constitutivo caracteriza o ente como sociedade despersonalizada (irregular ou de fato), disciplinada a partir do artigo 986 do Código Civil de 2002, gerando responsabilidade pessoal e ilimitada dos seus integrantes.

Para exercer as funções da pessoa jurídica é nomeado um representante, que ficará encarregado de tomar as decisões por esta pessoa jurídica. Tais decisões não serão realizadas de acordo somente com a vontade desse representante, pois

sua função será de exteriorizar a vontade da pessoa jurídica.

Assim dispõe o artigo 1022 do Código Civil: “Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.”

As pessoas jurídicas podem ser pessoas jurídicas de Direito Público, ou de Direito Privado. As pessoas jurídicas de Direito Público, podem ser de internas ou externas.

Segundo o art. 41 do Código Civil, as pessoas jurídicas de Direito Público interno são a União, os Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias (inclusive as associações públicas) e demais entidades de caráter público que a lei assim definir. Já as pessoas jurídicas de Direito Público externas são os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo Direito Internacional Público, como no caso ONU (organização das nações unidas), OMC (organização mundial do comércio).

No âmbito do Direito Privado, as pessoas jurídicas podem ser: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. As associações se caracterizam pela reunião de pessoas com fins não lucrativos; já as sociedades, se caracterizam pelo intuito do lucro, podendo adotar vários regimes, como: sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima, etc.

Vale dizer que as sociedades podem ser simples ou empresárias. As sociedades simples exploram atividades intelectuais, científica, literária ou artística; já as sociedades empresárias, conforme o art. 966, são aquelas sociedades que desempenham uma atividade econômica voltada à produção, ou a circulação de bens e serviços. As fundações, por sua vez, surgem quando é atribuída a personalidade jurídica a determinado patrimônio, para realizar um determinado fim lícito.

A atribuição da personalidade jurídica à empresa tem como finalidade admitir que ela adquira direitos e contraia deveres na órbita jurídica independente da pessoa natural do empreendedor que a criou. A principal característica das empresas que possuem personalidade jurídica, certamente, é a existência de um patrimônio próprio, distinto, o que foi consagrado no Código Civil de 1916 como princípio da separação: “Código Civil de 1916 Art. 20. As pessoas jurídicas têm

existência distinta da dos seus membros.”

A personificação, que advém do registro (Art. 45, 967 e 985, CC), gera como consequências a responsabilidade patrimonial da empresa com a blindagem do patrimônio dos sócios e a indicação do benefício de ordem em caso de insolvência, além do direcionamento da titularidade negocial e processual. Para se compreender este fenômeno jurídico, deve-se partir do pressuposto que a personalidade jurídica confere distinção entre os bens da pessoa jurídica e os bens de seus proprietários - “*societas distat a singulis*”, ou seja, não se misturam os bens da pessoa jurídica com os bens dos sócios ou proprietários.

1.2 Os efeitos da personalização da pessoa jurídica

O efeito imediato da personalização da pessoa jurídica é o de estabelecer a separação patrimonial e obrigacional entre a pessoa jurídica e os seus sócios e/ou administradores.

A responsabilidade obrigacional da pessoa jurídica decorre das relações contratuais em que participa na qualidade de parte, no exercício da manifestação de sua vontade ou extra contratualmente, nos termos da lei, produzindo efeitos obrigacionais somente em relação a ela, e não aos seus sócios e/ou administradores, muito embora estes possam vir a representá-la nos ajustes ou fora destes, na execução de atos que possam obrigá-la. (WARDE JR.,2007)

Desta forma, em razão da personalização, tais efeitos obrigacionais repercutem exclusivamente na pessoa jurídica e não nos membros que a compõem, assim como os das obrigações destes nela não refletem, uma vez que ninguém pode ser responsabilizado pelas obrigações de outrem.

A autonomia patrimonial consagra a separação de patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios e/ou administradores, em outros termos, os bens daquela são tão somente de sua propriedade e não dos seus membros, assim como os destes a eles pertencem; constituem patrimônios distintos e incomunicáveis. (FREITAS, 2002)

Desta forma, em decorrência da personalidade da pessoa jurídica, a lei

estabelece uma nítida separação de patrimônio e obrigação existente entre ela e os seus sócios e/ou administradores, reconhecendo e consagrando o princípio da autonomia patrimonial. Estes não são titulares dos direitos da pessoa jurídica e devedores das obrigações decorrentes das atividades da mesma, assim como ela não pode ser considerada titular de direitos ou devedora de obrigações dos seus membros, assumidas individualmente e em nome próprio.

O raciocínio é simples: se uma sociedade, regularmente constituída, vier a adquirir qualquer bem, este pertencerá a ela e não aos seus sócios e/ou administradores, ainda que eles possam vir a participar do ato de aquisição, agindo em nome dela. Da mesma forma, se a sociedade vier assumir qualquer obrigação, a responsabilidade resultante será dela e não dos seus membros, muito embora participem do ato jurídico obrigacional como representantes.

Tomemos como exemplo a aquisição de imóvel por uma sociedade, e o fato de um dos sócios, que também é seu administrador, autorizado por ato constitutivo, comparecer na escritura pública de venda e compra como seu representante, isto faz com que somente a sociedade seja titular de direitos sobre este bem, e se na escritura ficar constando que pela aquisição ela deverá pagar determinado valor ao vendedor, esta obrigação será somente dela.

Desse modo, o sócio que comparece no ato da compra e os demais sócios não são titulares de direitos sobre o imóvel adquirido, e sim tão somente a sociedade, assim como, na outra situação, ela é considerada devedora da prestação e não aqueles. Situação semelhante é a do sócio dessa mesma sociedade que em nome próprio adquire outro imóvel, este pertencerá a ele e não à pessoa jurídica, e deverá cumprir com qualquer obrigação decorrente da aquisição, e não a sociedade.

Se a pessoa jurídica participa de qualquer relação jurídica, na condição de credora ou devedora, somente ela estará vinculada e não os seus sócios e/ou administradores. São os efeitos da personalização e constitui a regra geral. A exceção está prevista em lei como situações excepcionais.

Como foi examinado, os bens integrantes do patrimônio da pessoa jurídica são de sua exclusiva propriedade, uma vez que não existe qualquer condomínio dos sócios em relação aos bens sociais. Por assim ser, eles não exercem direito de propriedade ou de outra natureza sobre os mesmos, resultando que o patrimônio da sociedade e o dos seus membros são distintos e não se

confundem, são incomunicáveis.

Esses efeitos estão diretamente ligados a outro, o da responsabilidade patrimonial, em outros termos, somente o patrimônio da pessoa jurídica, denominados bens sociais, respondem pelas suas obrigações e não os bens particulares dos sócios e/ou representantes, uma vez que impera o princípio geral e gerador da responsabilidade de que ninguém é responsável pela obrigação de outrem e, por ser distinta a pessoa do sócio e/ou administradores da pessoa jurídica, esta regra deverá ser aplicada. Em razão do princípio da autonomia patrimonial, os bens particulares daqueles não podem suportar as obrigações que tenham origem nas atividades desta, as chamadas obrigações sociais.

Essas regras consolidadas no nosso sistema legal estão sustentadas pela necessidade de manutenção dos princípios primários de existência que envolvem: a preservação, o relacionamento e a responsabilidade. Se for certo que a personalidade da pessoa jurídica deriva da lei, também é certo que ela atende aos instintos humanos, como o de dar proteção ao patrimônio particular daqueles que investem recursos próprios em empreendimentos coletivos que na maioria das vezes são de risco. (ALONSO, 2016)

A preservação sempre foi causa instintiva de preocupação humana, não só do corpo, mas também do patrimônio material amealhado, para garantir a subsistência e a preservação da vida. Neste sentido existe a necessidade da preservação da espécie humana, como pessoa individualmente considerada ou como grupo de pessoas, este em razão da interdependência dos seus integrantes e da conquista de objetivos particulares que se tornam coletivos em função da simbiose dos interesses comuns, uma vez que os relacionamentos entre pessoas, além de ser natural, podem determinar a união de esforços para alcançar objetivos que isoladamente seriam difíceis de serem alcançados.

O da responsabilidade atende aos dois outros princípios. Ao imputar sanções, objetiva garantir a preservação de pessoas, em seus mais variados aspectos, ou de grupos de pessoas, bem como dos relacionamentos que se formam entre elas, que podem resultar direitos e obrigações, em suma o de obter a segurança desejada. Por essas razões, esses valores são protegidos por normas estáveis que foram se consolidando na medida em que as sociedades perceberam as suas necessidades, dando corpo a institutos jurídicos específicos e gerais para

regerem situações particulares.

Outro efeito a ser considerado é o da titularidade processual, assim considerada a legitimidade para propor e responder ação judicial, o que significa dizer que a pessoa jurídica tem legitimidade para requerer em juízo a tutela que atenda aos seus interesses, e não os seus sócios e/ou administradores. Assim, exemplificando, caso a sociedade não receba crédito a que tem direito, ela, e não o seu sócio, deverá propor ação judicial adequada contra o devedor para obtê-lo, assim como, numa situação inversa, caso a sociedade deixe de pagar a sua dívida, o credor deverá promover ação judicial contra ela para receber o crédito e não contra o sócio, ou seja, em ambas as situações somente a sociedade terá legitimidade ativa ou passiva para demandar ou ser demandada em juízo, e não os sócios.

Considerando que a pessoa jurídica é dotada de personalidade e que dela deflui os efeitos decorrentes, também é certo, em termos de responsabilidade, que a ninguém é dado prejudicar ou tirar proveito de outrem em benefício próprio. Por outro lado, não se podem usurpar direitos pertencentes à outra pessoa sem que ela os disponha, entretanto a fraude deve ser combatida por todos os meios jurídicos permitidos por ser considerada ilícita, condenada pelo Direito, e, uma vez apurada, os seus efeitos deverão ser neutralizados de forma a não permitir a sua perpetuação e, se possível obter a reversão da situação criada, de forma a restaurar o que existia antes da sua ocorrência.

Desta forma, a regra é a da preservação da separação de direitos e obrigações entre a pessoa jurídica e os seus sócios e/ou administradores, decorrente da personalização, sob pena de relegá-la a uma outra posição jurídica que não a de sujeito de direito. Se assim não fosse, não deveria ter chegado a este status, mas, assim considerada, a sua autonomia deverá ser blindada ou protegida contra todas as incursões ou turbações que venham a maculá-la, uma vez que se faz necessário a preservação dos direitos da pessoa jurídica, pelo sentido da sua concepção, e a exceção deverá, necessariamente, estar prevista em lei de forma a preservar a autonomia que a própria lei lhe dotou.

CAPÍTULO II – A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para fins de conceituação temos que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aquela que permite ao juiz desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, toda a vez que a sociedade tiver sido utilizada para fins ilegais ou que acarretem prejuízo a seus credores.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como ressalta Marçal Justen Filho (1987, p.54) “surgiu a partir da atuação da jurisprudência.” Ou seja, perante situações concretas, em que o aplicador do Direito se via diante do problema - hoje resolvidos pela teoria - passou a dar soluções que se assemelhavam à atual desconsideração da personalidade jurídica, o que pode ser na descrição histórica desse instituto.

2.1 Origem histórica

No que diz respeito ao momento exato de nascimento da teoria da desconsideração inúmeras são as versões. Diz Farias e Rosenvald (2008), que o primeiro caso de sua aplicação foi norte-americano, por volta de 1809, no caso entre *Bank of United States vs. Deveaux*, relatado pelo conhecido Juiz Marshall da Corte Suprema norte-americana. O referido magistrado, considerando a constituição norte-americana, limitou o alcance da jurisdição federal as causas entre "cidadãos de diferentes estados", proclamou que "[...] *substancialmente e essencialmente as partes do processo são acionistas, e que os seus direitos e deveres como cidadãos reconhecidos podem ser alcançados*".

O caso norte-americano também é descrito por outros doutrinadores, entre eles, Thereza Nahas (2007), que assim o descreve, o juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* (Constituição Americana, art 3º,

seção 2ª, que reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes estados). Ao fixar a competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de 'sócios contentores'.

O aludido caso, mostra de forma clara uma desconsideração da personalidade jurídica, no momento em que o juiz busca a verdade dos fatos e dos débitos da empresa diretamente em seus sócios, que mascaravam uma situação inexistente, para fraudar a lei local.

Embora hoje este seja o primeiro caso conhecido de aplicação da teoria da desconsideração, não foi os Estados Unidos que se tornou o berço de desenvolvimento doutrinário, mas a Inglaterra, no famoso caso *Salomon vs. Salomon Co.* em 1897.

No caso *Aaron Saloman*, no intuito de constituir uma sociedade, ele reuniu seis membros da sua família, destinando para cada um apenas uma ação da empresa, e para si, reservou vinte mil. Em determinado momento, talvez já antevendo a possível quebra da empresa, *Salomon* cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas), títulos esses que devem ser pagos antes de outros em caso de falência, que ele mesmo tratou de adquirir. No momento que se revelou insolvente a sociedade, *Salomon*, que passou a ser credor privilegiado da sociedade em razão dos títulos que ele mesmo emitiu, obteve preferência em relação a todos os demais credores quirografários (que não tinham garantia), liquidando o patrimônio da própria empresa e não precisando pagar as dívidas.

Ficou demonstrado o ato fraudulento de *Aaron Salomon* sobre a própria personalidade da sociedade, justificando, assim, a desconsideração de sua personalidade pelas instâncias inferior da justiça Inglesa. Entretanto, apesar de *Salomon* ter utilizado a companhia como sua proteção para lesar os demais credores, a Câmara de Lordes, que era o último grau de jurisdição daquele país, reformou as decisões de instância inferiores, acatando a sua defesa. Alegou *Salomon* que, tendo a empresa sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio *Salomon*, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais, fazendo prevalecer o princípio da responsabilidade patrimonial.

Apesar da derrota dos credores quirografários nesse processo, a teoria

ganhou o mundo, difundindo-se de forma extraordinária. Uma das pioneiras contribuições, e talvez a mais importante sobre o tema em meio acadêmico, foi dada pelo alemão Rolf Serick, em apresentação de tese de doutorado na Universidade de Tübingen da Alemanha, onde ele buscou encontrar, com base na jurisprudência norte-americana, critérios gerais que autorizassem o afastamento da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

A teoria da desconsideração ganhou força da década de 50, com a publicação do referido trabalho de Rolf Serick, maior estudioso da teoria no mundo, e que causou forte influência na Itália, na Espanha e inclusive no Brasil.

Na Itália, foi difundida por Piero Verrucoli, professor da Universidade de Pisa, com o estudo "*Il Superamento della personalità giuridica della Società di Capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law"*". Na Espanha, a teoria ficou conhecida pelo professor Antonio Pólo, de Barcelona (*Aparencia y Realidad em lãs Sociedades Mercantiles – El Abuso de derecho por médio de la persona jurídica*).

Para Salomão Filho (1998, p.79), deve-se a Rolf Serick, todos os estágios de desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, calcada não só nos seus estudos como também na teorização da jurisprudência norte-americana. Segundo ele “Serick adota um conceito unitário de desconsideração ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de uma essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobrepõe ao valor específico de cada norma”.

2.2 O Direito brasileiro e a desconsideração da personalidade jurídica

No Brasil, o professor paranaense Rubens Requião foi o jurista pioneiro a sistematizar a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ao discorrer sobre o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica em sua obra - Aspectos Modernos de Direito Comercial.

Foi através de uma conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, publicada posteriormente na Revista dos Tribunais, em 1969, denominada “*Disregard Doctrine – Abuso de Direito e Fraude através da*

Personalidade Jurídica”, que Requião encontrou o momento para iniciar os debates sobre o tema, apontando o seguinte problema que naquela época já o preocupava:

“Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores”. (1988, p.67)

Seus estudos tiveram como base as obras de Rolf Serick e de Piero Verrucoli e Rolf Serick.

As primeiras manifestações doutrinárias sobre o tema, após a conferência de Requião, foram marcadas por críticas tecidas à legislação brasileira que não previa a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Em face da ausência de textos legais, os doutrinadores entendiam que, muito embora o sistema jurídico brasileiro fosse compatível com a adoção de referida teoria, não seria possível sua aplicação aos casos concretos enquanto o legislador não a positivasse.

Lauro Limborço (1984, p.25) foi um dos doutrinadores que expressou seu lamento: “O Direito Positivo brasileiro não prevê a *disregard doctrine* (...). Lamentável que assim o seja, porque através dela os juízes brasileiros teriam poderoso instrumento para (...) coibir abusos e fraudes, prejudiciais tanto a esses terceiros como aos acionistas”.

Segundo Requião (1988), a omissão sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica era somente doutrinária, visto que as decisões jurisprudenciais brasileiras daquela época já se posicionavam sobre a relativização da personalidade jurídica, utilizando-se os magistrados de um eticismo próprio das soluções equitativas, dando início ao princípio da desconsideração no Brasil.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica começou a evoluir com a colaboração de muitos estudiosos, como, por exemplo, Fábio Konder

Comparato, José Lamartine Corrêa de Oliveira, Fábio Ulho Coelho, Alexandre Couto Silva e Rolf Madaleno.

Importante ressaltar que até meados da década de 90, não havia qualquer diploma legal tratando da desconsideração da personalidade jurídica, nem mesmo o Código Civil de 1916, o qual estabelecia apenas a existência distinta da pessoa jurídica e seus membros. Assim, partindo-se da jurisprudência existente na época, alguns diplomas legais começaram a surgir.

2.3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação brasileira

São várias as leis que preveem expressamente a aplicação da teoria da desconsideração quando se verificar o prejuízo causado pela pessoa jurídica.

Porém nem sempre foi assim, Rubens Requião em 1969 quando defendeu a aplicação da doutrina em nosso país, esclareceu, na época, não haver no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo que a autorizasse, apesar de existirem diversos artigos que poderiam ter o mesmo objetivo da desconsideração da personalidade jurídica.

O referido autor citou, a propósito, o grupo econômico mencionado na CLT, bem como os artigos 121, 122 e 167 do Decreto-lei n.º 2627/40, que dispõem respectivamente sobre responsabilidade dos diretores por descumprimento da lei ou dos estatutos e acerca da dissolução da sociedade quando exercer atividade ilícita.

A Consolidação das leis do trabalho, de 1943, admitiu no § 2º, artigo 2º, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao determinar que:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Ou seja, como explica Rubens Requião (1988, p.79), a Consolidação das Leis Trabalhistas ao conceber como uma única entidade econômica a união das empresas sob o mesmo comando, “nada mais está admitindo senão a aplicação da doutrina, pois despreza e penetra o véu que as encobre e individualiza”.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2002) no ordenamento jurídico pátrio, é possível identificar quatro referências básicas à desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, a do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a do art. 18 da Lei Antitruste, a do art. 4º da Lei 9.605/98 e, mais recentemente, a do art. 50 do CC/02.

Nessa linha, afirma Coelho (2002) que a doutrina da desconsideração foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 28, verbis:

“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 provocados 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.”

Ainda de acordo com o referido autor, o segundo dispositivo legal a adotar a teoria, embora sem obedecer sua formulação original, foi o art. 18 da Lei n.º 8.884/94, cujo teor segue abaixo:

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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.”

A terceira menção à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica foi feita pelo art. 4.º da Lei 9605/98 (COELHO,2002), com a seguinte

redação: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Por fim, chega-se ao Código Civil, Lei n.º 10406/02, que apresentou a seguinte disposição em seu art. 50, verbis:

“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.”

Enfim, com a edição do Novo Código Civil em 2002, a teoria da desconsideração ganhou novos contornos, voltados ao direito privado, conforme explicitado no artigo 50 da referida lei. Trouxe inovação ao estabelecer a necessidade de requerimento da parte ou do Ministério Público, além de atingir em sua redação, não somente os sócios, mas também os administradores, como esclarece Pablo Stolze, um dos dados mais relevantes, porém, que parece estar passando despercebido é o fato de que a nova norma genérica não limita a desconsideração dos sócios, mas também a estende aos administradores da pessoa jurídica.

Esse dispositivo pode se constituir em um valiosíssimo instrumento para a efetividade da prestação jurisdicional, pois possibilita, inclusive, a responsabilização dos efetivos "senhores" da empresa, no caso – cada vez mais comum – da interposição de "testas de ferro" (vulgarmente chamados de laranjas) nos registros dos contratos sociais, quando os titulares reais da pessoa jurídica posam como meros administradores, para efeitos formais, no intuito de fraudar o interesse dos credores. (GANGLIONA; PAMPLONA FILHO, 2005)

Como elucidado, o Código Civil não somente apresentou a possibilidade da teoria, como permitiu ao magistrado, diante do caso concreto, responsabilizar o real autor da fraude, como ocorre com as empresas em que existe a figura do "testa de ferro". Proporcionou assim, um enorme avanço, posto que por diversos anos se deixou de coibir estas espécies de fraudes, por ausência de legislação que a permitisse.

CAPÍTULO III – ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Estado de Direito sobrepuzado a uma forma de governo Democrático no Brasil, mantido desde a Constituição 1891 até os dias atuais é inscrito por leis federais, estaduais e municipais, por decretos e portarias e até mesmo por resoluções, que está aplicado às relações interpessoais e interempresariais afim de que sejam reguladas e disciplinadas as relações humanas, sejam na esfera pública ou privada.

Nesta marcha de regulação, partindo do tradicional, ou seja, da escola positivista de Hans Kelsen, caminhando até Norberto Bobbio, está acampada a Desconsideração da Personalidade Jurídica, vista nos moldes de uma teoria que se apresenta no cenário com três marcas importantes que reputo serem: material, processual e jurisprudencial.

O Estado de Direito aplicado no Brasil é instrumentalizado pelo Direito Material e Processual e no que importa ao presente estudo monográfico a Desconsideração da Personalidade Jurídica é posta materialmente e colocada processualmente como ferramenta do Direito Brasileiro à manutenção de ordem e do progresso das atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas, sejam nas de natureza civil e/ou empresarial.

Nessa corrente, no presente capítulo é listada o instituto da Desconsideração a da Personalidade Jurídica em seus aspetos legais material e processual partindo da escola positivista de Kelsen findando na escola neopositivista de Bobbio.

3.1 A força do positivismo jurídico para a operação da desconsideração

O Direito em campo brasileiro desde seus primórdios é fundado em leis e

outras fontes primárias, o que faz produto da Escola Positivista de Hans Kelsen. No Brasil pela Teoria Pura do Direito vale o que está inscrito na norma, ou seja, será operacionalizado a norma dentro sua máxima de legalidade, valendo o discurso que a norma é aplicada da forma que foi inscrita no tratado jurídico.

Conhecendo melhor Hans Kelsen que foi um jurista e filósofo austríaco. Nasceu no ano de 1881 na cidade de Praga, República Checa e faleceu no ano de 1973 na cidade de Berkeley, Califórnia, nos Estados Unidos. Kelsen é autor da obra 'Teoria Pura do Direito'. (KELSEN, 1987; 2000)

Inspirado pelos estudos realizados por três acadêmicas do Curso de Direito UNEMAT – Universidade do Estado do Mato Grosso, descrevo que Kelsen por anos debruçando-se em estudos jurídicos produziu e gravou no Ocidente a Teoria Pura do Direito. Pelas autoras o jurista definiu sê-la:

A 'Teoria Pura do Direito', de 1934, é uma das obras mais importantes de Hans Kelsen. O neopositivista vienense nasceu na cidade austríaca de Praga, no ano de 1881. Fundou a Escola de Viena, onde lecionou por um período 10 anos (1919-1929). Inovador dos pensamentos positivistas de sua época. Morreu no estado da Califórnia, no ano de 1973. Kelsen, ao criar sua "Teoria Pura do Direito", inovou todas as explicações dadas ao direito, pois o desenvolvimento de sua tese tentou fazer deste uma ciência, na qual, todo o seu pensamento ocorre em torno do desejo de ter uma 'teoria pura do direito', sendo esta ciência jurídica pura e independente de qualquer outra área de conhecimentos, como a política, a ética, os juízos de valores, a moral, a sociologia, a psicologia e etc. Assim, tenta explicar o direito através de uma doutrina, sendo apenas está pura, lógica e precisa, contendo métodos fixos pelos quais se chegaria a um resultado irrefutável. A ciência jurídica deveria ser afastada da política, bem como de outras áreas de conhecimentos, pois se não auxiliam na explicação, devem ser mantidos fora do campo explicativo, haja vista que a referida ciência deverá desempenhar o papel de identificar e descrever as normas que integram determinado ordenamento jurídico. Em síntese, a pureza se dá em relação à doutrina, ciência jurídica, e não ao direito objeto desta última, pois a política é inerente ao próprio direito. (SOARES *et. al*, S/D, *online*)

A teoria ora criada e alimentada por Kelsen influenciou o Ocidente e profundamente marcou a história jurídica no Brasil que se fez e foi produzida de um positivismo jurídico puro e normatizado. No Brasil pela escola positivista a norma é operante e deve ser cumprida sem margens para grandes discussões e pautas contrárias, até que outra venha a revoga-la onde e quando novamente se renova o

ciclo de positividade e operacionalidade.

A Teoria Pura do Direito sendo colada corrente da Filosofia do Direito à construção de uma verdade retórica procurou e se mantém a procura da redução do Direito apenas àquilo que está posto, colocado, dado, positivado, isto significa, vale o que está escrito na norma.

A corrente opera para ser determinado que será válido o que fora efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas em uma Nação.

O Brasil, que até então fora chamado de Ilha de Vera Cruz e de Terra de Vera Cruz, que se faz desde a proclamação da República em 1889 de Brasil, literalmente colocado sobre a face de República Federativa do Brasil, é um país que em sua trajetória jurídica há uma marca forte do positivismo jurídico de Kelsen, que o fez um país em regulação juspositivista, onde é operante um Direito Positivo, positivado.

A marca Kelsiana no Brasil polarizou a construção de um sistema operacional de construção de leis, normas em geral, onde as ditas e declaradas autoridades eleitas pelo voto direto, possuem o poder político de impor regras às relações.

No Brasil as leis impositivas e operacionalizadas são geradas num sistema bicameral de ordem federal. O sistema conta desde o ano de 1891 com a inscrição de Democracia, com uma Câmara dos Deputados e um Senado Federal, nascedouros de legislações de ordem federal. Legislações e o extrato de normatização e (jus)positivação no Brasil é graças a criação e a aprovação de leis pelo Sistema. Se há no Brasil atualmente um Constituição Federal que faz trinta anos nesse ano de 2018, graças devem ser rendidas a Constituinte de 1987 quando Câmara e Senado por uma ordem presidencial de José Sarney foram chamados em seus membros para ser criada e promulgada nova Carta Constitucional.

O Brasil em sua versão juspositivista, que se fez pela construção histórica, é direcionado em regulação pelo inteiro teor da Constituição Federal de 1988. Nela em trechos literalmente deslocados para o estudo é colocado no artigo 22, inciso I, que é dada a união o poder de legislar sobre a matéria civil e comercial. Reza a Carta nesse contexto em seu artigo 22 inciso I que: “Compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário,

marítimo, aeronáutica, espacial e do trabalho.”

Válido e operante é o que está previsto, fazendo valer o melhor discurso de retórica aristotélico de que o juspositivismo coloca o Brasil como um país operacionalizada por um Direito Positivo, positivado a partir do conteúdo normativo posto e decido pelo Sistema Bicameral, político – partidário.

O resultado dessa marca do positivismo coloca o Brasil como um Estado de Direito onde está em operação várias codificações, ponte de onde retiro da matéria normativa listada a Lei 10.406 aprovada aos dias dez de janeiro do ano de 2002 e a Lei 13.105 aprovada aos dias dezesseis de março do ano de 2015, já em respeitabilidade ao critério cronológico, pois essas revogaram leis federais dos anos de 1916 e 1973 respectivamente que valiam como codificação ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil.

As duas codificações operacionais marcam o Estado de Direito no Brasil e apresentam um complexo de normas aplicáveis às relações privadas especificamente. O Direito Civil e o Direito Processual Civil são operantes e aplicados a partir da inscrição do juspositivismo em campo – solo jurídico brasileiro e definem que o determinado pelo Sistema Bicameral que foi aprovado pela Presidência é válido como norma e deve ser aplicado como regulação afim de que sejam disciplinadas matérias essencialmente cíveis ou próximas e afins.

A Teoria de Kelsen que de certa forma, foi completada pelas escolas de Bobbio e Miguel Reale estão presentes até os dias atuais no Brasil. No que pese a influência Kelsiana, a partir da corrente inscrita pela Filosofia do Direito, é que pontuo a força do Positivismo Jurídico para a operação do objeto principal de investigação do presente estudo monográfico, a Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A partir de Kelsen e da Escola Positivista é narrativa própria que a Desconsideração da Personalidade da pessoa jurídica é operante no Brasil graças a materialização de uma norma inscrita numa codificação, vistos de natureza inicialmente material e tão processual. Aqui vale ressaltar que não será dada glória apenas à jurisprudência que fez o surgimento da desconsideração, pois são as normas inscritas que valem o discurso e aplicabilidade hoje (2018) da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que se apoia no Código Civil e no Código de Processo Civil, respectivamente nas Leis Federais 10.406 e 13.105.

Como norma à regulação de relações interpessoais e interempresariais, como necessidade da coletividade, nasceu a Desconsideração, que se faz atualmente no Brasil operante graças a um sistema positivista que a escreve e a coloca em processo sob procedimento especial.

Reiterando a pauta contextual, se a escola é a positivista, se gravado foi na Carta Magna de 1988 que restou a marca normativa nas Leis 10.406 e 13.105, a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil é aplicável graças ao Estado de Direito que se traduz em Direito Positivo.

Apropriando-se ainda do pensamento de Kelsen (2000) quando é pensado o Direito Positivo no Ocidente e em especial no Brasil é vislumbrado a força interpretativa inscrita numa pirâmide hipotética de hierarquização, onde se vê a validade de uma norma enquanto ato regulatório de relações. Kelsen por meio da hierarquização das normas explicou que a norma maior sobreposta estará a norma menor e as normas como dispostas no sistema piramidal devem ser aplicadas pelas instância jurisdicionais quando se pensa em decisões judiciais e/ou jurisprudenciais.

A Escola Positivista e os ensinamentos deixados por Kelsen ajuda a estratificação do Direito Positivo inscrito no Brasil no que tange a aplicabilidade do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Só é aplicado porque está previsto em legislação e deve ser mantido pelo que foi definido pelas autoridades (poder político) devem ser validos pelos tribunais sejam-nos de instancia primária ou secundária.

No que pese a marca juspositivista, para melhor compreensão nesse estudo monográfico é pauta no contexto a seguir o Direito Material e o Direito Processual a conquista maximizada da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil, que faz valer parcialmente trecho do título do trabalho científico, clarão, uma vez que, dele será retirada a dificuldade em observar direta e indiretamente o instituto no Brasil, seja pelo mapa operacional material e/ou processual.

3.2 Direito material e a teoria

O positivismo jurídico no Brasil, que é base do Estado de Direito, por meio

da Teoria Pura do Direito, ditou a construção da Desconsideração da Personalidade Jurídica quando da regulamentação da matéria na Lei 10.406 de 2002. A Desconsideração foi gravada no artigo 50. É a reprodução literal da norma positivada:

“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”. (BRASIL, 2002, *online*)

O Código Civil com seus dois mil e quarenta e sete artigos regula e disciplina materiais cíveis e afins quando permissivo. A codificação é a estrutura funcional do Direito Material Brasileiro quando o assunto é Direito Civil.

A desconsideração foi materialmente inserida no plano material do Direito Civil com o Código Civil de 2002, quando da sua aprovação que desencadeou a revogação da Lei 3.071 de 1916, código fundado em estudos realizados pelo jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas. O código de 1916 não escreveu norma relativa a desconsideração. Como foi pontuado no capítulo dois deste estudo monográfico apesar de ser listado no código de 2002, a matéria em sua essência, foi construída com julgados dos tribunais brasileiros.

A lei federal de 2002 resultado de estudos realizados pelo jurista Miguel Reale já nos anos de 1972, gravou que a desconsideração seria matéria da codificação civil, sendo colocada na parte geral e fincada como norma para se atingir a pessoa dos sócios e/ou gestores que criam e usam da personificação da pessoa jurídica. O primeiro capítulo da presente monografia apresentou dizeres da pessoa jurídica e a formação de sua personificação.

Discorrendo sobre a materialidade da desconsideração já um ano após a aprovação da Lei 10.406, isso após a sua entrada em vigor, Anderson Antônio Fernandes (2003, *online*) explicou que a matéria elencada no artigo 50 mereceu muito destaque. Para o autor a norma é a extensão de determinadas obrigações aos administradores e sócios da pessoa jurídica. Literalmente pontuou o autor:

[...] Pelo exame do referido dispositivo legal, nota-se que o Código Civil em vigor adotou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de (i) desvio de finalidade; ou (ii) confusão patrimonial [...] Pelo exposto, percebe-se que há uma tendência em delimitar a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50, de um lado (i) preservando a empresa e de outro (ii) evitando a aplicação indiscriminada da responsabilização, apenas pelo fato de determinado sócio figurar no contrato social. Em síntese, o projeto procura reafirmar o direito, pacífico e consagrado na regra geral de separação entre a pessoa jurídica e seus sócios ou administradores, disciplinando também a exceção, o desvirtuamento da regra geral, segundo a qual a separação não prevalecerá quando o direito de que decorre for exercido abusivamente, ou de maneira fraudulenta, com desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Na mesma linha três anos depois da publicação do artigo de Fernandes, Daniela Vasconcellos Gomes (2005, *online*) concluiu que

[...] A desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento de correção dos desvios de finalidade da pessoa jurídica. Através dela o juiz pode reparar os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e capacidade próprias do ente moral para auferir vantagens injustas ou ilícitas. [...] Com a desconsideração, a personificação é afastada temporariamente, e o juiz decide como se a pessoa jurídica não existisse.

Complementando sete anos depois Alex Perozzo Boeira (2012, *online*) descreveu que a desconsideração inscrita no artigo 50 do Código de 2002 é a máxima da Lei Maior aplicada pelo Estado de Direito no Brasil. Assim reproduziu

[...] Em função da autonomia de patrimônio verificável a partir da personificação da sociedade que passa a ser titular de um patrimônio distinto, inconfundível com o patrimônio particular de cada sócio que a compõe, passou a pessoa jurídica da sociedade, em certas circunstâncias, a ser instrumento para a perpetração de fraude contra os credores. Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo [...]Essa má utilização do instituto da personalidade jurídica – cometimento de ilegalidades lato sensu por meio do ente moral – estimulou o desenvolvimento de teorias que viabilizassem a cobertura dos prejuízos gerados. Para tanto, a doutrina construiu a *disregard doctrine ou disregard of legal entity*, também conhecida como teoria do superamento ou teoria da penetração. Realmente, a personalização e a conseqüente autonomia patrimonial não devem

corresponder, necessariamente, à limitação da responsabilidade dos integrantes. É, pois, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que autoriza o afastamento da autonomia patrimonial.

Pela estrutura funcional inscrita na Lei 10.406 a partir do artigo 50 materialmente está normatizado o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, valendo-se do discurso que a norma prevista, ou seja, positividade atingirá validade a partir da sua inscrição e lei criada e ordenada pelas autoridades (poder político).

3.3 Direito processual e a teoria

O Direito Processual Civil no Brasil foi repaginado após a construção do Projeto de Lei 8.046 no ano de 2010 que produziu a Lei Federal de nº 13.105 no ano de 2015. Ritos foram abandonados e procedimentos foram instalados no processamento civil de ações em meio a jurisdição contrata socialmente.

A Lei 13.105 de 2015 que apresentou o novo Código de Processo Civil face a existência até então da Lei 5.869 de 1973 é plano do Estado de Direito no Brasil que reproduz três faces ao procedimentos judiciais: conhecimento, execução e especiais.

No que tange ao procedimentos especiais muitos foram introduzidos pela Lei 13.105 e um essa monografia traz destaque, ao procedimento especial para ser procedimentalizado a materialização do instituto inscrito pelo Código Civil de 2002, a Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) apresentou, dando operacionalidade a teoria Kelsiana que foi reproduzida por Bobbio e por Miguel Reale, o artigo 133. Esse em inteiro teor foi preenchido pela autoridade (poder político) literalmente por

[...] O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. [...] o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. [...] aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015,

online)

O Estado de Direito definiu após a norma gravada no CPC um procedimento especial para ser tratada a Desconsideração da Personalidade Jurídica. Observando o referido artigo, o instituto é colocado incidente que pode ser iniciado a pedido de parte interessada e até mesmo pelo Ministério Público. O procedimento se aparelha em muito com a aplicabilidade do artigo 294 do mesmo diploma (CPC). O pedido de desconsideração pode ser objeto de tutela provisória. A norma inscrita no artigo 294 foi marco a já inscrição em outras legislações, como foi o caso da Lei 7.347 de 1985 que mesmo sendo anterior as leis de 2002 (CC) e de 2015 (CPC) já escreveu no seu artigo 12 a possibilidade de concessão de tutela e o caso da Lei 12.529 de 2012 que escreveu em seu artigo 34 que também descreve a possibilidade. Em descrição e reprodução prevê os artigos listados:

Artigo 12 (Lei 7.347) [...] poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo [...] a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. (BRASIL, 1985, *online*)

[...]

Artigo 34 (Lei 12.529) - A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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. (BRASIL, 2012, *online*)

O procedimento adotado pelo Código de Processo Civil criou de forma inédita no Brasil para a instrumentalização do pedido de desconsideração da personalidade jurídica. O CPC apresenta atos a serem cumpridos para ser logrado regularidade ao pedido de desconsideração.

A partir da norma inscrita no CPC no ano de 2015 vários autores

explicaram a funcionalidade do procedimento especial. A seguir destaco uma posição:

Vale lembrar que ambos os artigos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) estabelecem que devem ser observados os pressupostos previstos em lei para se realizar a desconsideração da personalidade jurídica. Por exemplo, o § 1º do art. 133 do CPC/2015 dispõe que "O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei". Já o § 4º do art. 134 do mesmo diploma legal prescreve o seguinte: § 4o O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica [...] ou seja, em ambas as oportunidades, o CPC/2015 deixa claro que a figura de intervenção de terceiros denominada "Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica" disciplinada pelos seus artigos 133 a 137 não têm o objetivo de alterar os pressupostos para se proceder à desconsideração da personalidade jurídica fixados pelo direito material (no caso concreto, pelo art. 50 do CC). Muito pelo contrário, o objetivo do CPC/2015 é conferir uma disciplina processual para operacionalizar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica já existentes e previstas no direito material e não criar novos pressupostos para aplicação do instituto estatuído pelo art. 50 do Código Civil. (SOUZA, 2018, *online*)

O procedimento especial definido pelo legislador brasileiro serve ade matéria processual ao pronunciamento do Poder Judiciário que pode ainda se valer de complementos, sejam-nos de artigos do CPC de 2015 e/ou de Leis como as citadas, Lei 7.347, Lei 12.529 e de outros que passo a citar Lei 8.078, Lei 12.846, Lei 12.651, dentre outras mais. A desconsideração da personalidade jurídica é objeto de várias ações em curso no Brasil e conforme positivismo jurídico é proceduralizada para atingir resultados a partir da forma processual descrita pela Lei 13.105 de 2015.

3.4 Validade, justiça e efetividade da teoria em campo sócio-jurídico brasileiro

A funcionalização do Direito material e processual proporcionou uma alteração das concepções arraigadas no campo jurídico brasileiro às relações interpessoais e interempresariais. O poder político brasileiro, dentre o Sistema Bicameral, frente ao desafio de construir leis em atenção às necessidades da coletividade, construiu a Lei 10.406 e a Lei 13.105, especificadamente cuidando nos

artigos 50 da primeira e no 133 da segunda o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O juspositivismo operante no Brasil preceitua que o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica será aplicado e atingirá eficácia sendo cumprido a matéria fincada no Direito Civil e no Direito Processual Civil por meio das Codificações Civil e Processo Civil.

O Estado de Direito que se faz ferramenta do Brasil enquanto nação democrática, em seus pilares maximizados coloca em ação a Lei 10.406 e a Lei 13.105 à regulação da Desconsideração da Personalidade Jurídica e mais à procedimento especial que guia os Tribunais a sua máxima enquanto decisão interlocutória fruto de incidente e sentença, quando se atinge mérito.

Julgados dos últimos anos no Brasil, vistos processados após a entrada em vigor da Lei 10.406 provam a presença do Direito Positivo com suas entranhas mais íntimas envolvidas com o juspositivismo de Kelsen, que também fora listado nos ideias de Bobbio, que completou a Teoria jurista austríaco em suas deficiências.

Em matéria jurisprudencial destaco

REsp 1526287 SP 2013/0175505-2 (STJ). O propósito recursal é definir se, na hipótese em exame, estão presentes os pressupostos para a desconsideração, segundo a teoria maior, prevista no artigo 50 do CC/02. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, *online*)

Agravo de Instrumento 07097294720178070000 DF 0709729-47.2017.8.07.0000 (TJ-DF). Nos termos do artigo 50 do Código Civil, caracterizam-se o abuso da personalidade jurídica o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, os quais, devidamente comprovados, autorizam a desconsideração da personificação da personalidade jurídica. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2017, *online*)

Bobbio (2000) em estudos árduos da Teoria Pura do Direito, reaplicando partes da mesma, escreve no século XX a Teoria da Norma Jurídica fundante em três bases: validade, justiça e eficácia. Bobbio apontou que uma norma ora criada às necessidade de uma coletividade, ou seja, criada para o povo, teve ser ao mesmo tempo válida, justa e eficaz, três elementos indissociáveis.

Frente ao positivismo de Kelsen e Bobbio é que esse estudo monográfico traçado por uma hipótese grava em resultados que o que o poder político – autoridade define por lei, essa é aplicada e serve de base ao Estado de Direito de

uma nação em específico, serve ao Brasil de base fundante ao Direito Positivo.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica tem ampla aplicação no direito brasileiro, como forma de coibir ilicitudes e, principalmente, possibilitar a reparação dos danos e prejuízos advindos destas quando os sócios e demais envolvidos na atividade empresarial utilizem inadequadamente a sociedade empresária.

A escola positivista e os ensinamentos deixados por Kelsen ajuda a estratificação do Direito Positivo no Brasil no que tange a aplicabilidade do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Só é aplicado porque está previsto em legislação e deve ser mantido pelo que foi definido pelas autoridades devem ser validos pelos tribunais sejam-nos de instancia primária ou secundária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, P. S. G. Pessoas jurídicas. **Revista do Direito Empresarial - ReDE**, São Paulo, RT, ano 4, v. 14, p. 33-53, mar./abr. 2016.

AMARAL, F. **Direito Civil**: introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, N. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOEIRA, A. P. A Desconsideração da Personalidade Jurídica – Noções Gerais e Questões Controvertidas à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. **Síntese**, 05 nov. 2012. Disponível em: < http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1236>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < <http://www2.camara.br/940-1949/decreto-lei-2627-26-setembro-1940-412760-norma-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da providências.

_____. **Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

COELHO, F. U. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERNADES, A. A. A desconsideração da personalidade jurídica e o Novo Código Civil. **Migalhas**, 20 de março de 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1308,21048-A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+e+o+novo+Codigo+Civil>>. Acesso em: 02 set. 2018.

FREITAS, E. C. C. M. de F. **Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil**, São Paulo: Atlas, 2002.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, D. V. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2622, Texto elaborado em 2005 e publicado no dia 5 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17342>>. Acesso em: 05 out. 2018.

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

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMBORÇO, L. *“Disregard of legal entity”*. **Revista dos Tribunais**, v. 579, jan. 1984, p. 25.

MENDONÇA, J. X. de C. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

NAHAS, T. C. **Desconsideração da pessoa jurídica**: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 410, ano 58, dez. 1969, p.12-24.

REQUIÃO, R. **Aspectos modernos de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**, 30 ed. Revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO FILHO, C. **O novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, A.; OLIVEIRA, G.; MORAES, M. **Teoria Pura do Direito: a hierarquização das normas**. S/D – *online*. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SOUZA, A. P. Requisitos impostos pelo Código Civil para a desconsideração da personalidade jurídica não mudaram com o CPC de 2015. **Migalhas**, 17 de maio de 2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI280279,71043Requisitos+impostos+pelo+Codigo+Civil+para+a+desconsideracao+da>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1526287 SP 2013/0175505-2 (STJ)**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 16/05/2017. Publicado: 26/05/2017. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464676959/recurso-especial-resp-1526287-sp-2013-0175505-2> >. Acesso em: 05 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Agravo de Instrumento 07097294720178070000 DF 0709729-47.2017.8.07.0000 (TJ-DF)**. Relator: Des. Josaphá Francisco dos Santos. Julgamento: 26/10/2017. Publicado: 06/11/2017. Órgão Julgador: 5ª Turma Cível. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517483196/7097294720178070000-df-0709729-4720178070000>>. Acesso em: 05 out. 2018.

WARDE JÚNIOR, W. J. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. João Baptista Villela (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.