

**OS EFEITOS DECORRENTES DA APLICAÇÃO JUDICIAL DA TEORIA MENOR  
DA *DISREGARD DOCTRINE*: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO  
THE EFFECTS OF THE JUDICIAL APPLICATION OF THE MINOR THEORY OF  
DISREGARD DOCTRINE: AN ECONOMIC ANALYSIS OF LAW<sup>1</sup>**

**Deilton Ribeiro Brasil<sup>2</sup>**

**Resumo:** Ao longo dos tempos, a atividade econômica da sociedade empresária vem passando por evoluções, passando da marcante fase da *teoria dos atos de comércio*, vista como instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil. Isto é, com ela, o Direito de Empresa deixou de ser apenas o Direito de certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos, que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão; para a fase da *teoria da sociedade empresária* que possui o acento tônico da comercialidade, em consequência do progresso da técnica e da economia de massa, deslocando-se da noção de *ato* para a noção de atividade. O exercício profissional da atividade intermediária entre a produção e o consumo de bens impõe uma crescente especialização e a criação de organismos econômicos cada vez mais complexos. Depreende-se, portanto, que o princípio da preservação da sociedade empresária tem se constituído a principal preocupação do Direito de Empresa contemporâneo, diante do inegável abalo social produzido uma tendência de generalizar, inadvertidamente, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Deve-se verificar atentamente, se estão presentes os pressupostos reconhecidos pela doutrina como ensejadores de sua aplicação, para, somente depois, em caso de resposta afirmativa, proceder-se à sua efetiva aplicação tendo-se como premissa fundamental a ideia de que o Direito envolve necessariamente uma racionalidade econômica, que, por sua vez, confere grande destaque à lógica da eficiência econômica.

**Palavras-Chave:** Teoria menor da *Disregard doctrine*; Preservação da sociedade empresária; Análise econômica do Direito; Constituição Federal; Código Civil de 2002.

**Abstract:** Over time, the economic activity of the business company is going through changes, through a remarkable phase of the theory of acts of trade, seen as a mean of objectifying the legal treatment of financial activity. That is, with it, the Company Law is no longer just the jurisprudence of a group of professionals, organized themselves into corporations, to become the subject of a series of acts which, in principle, could be committed by any citizen; to the stage theory of the company that has the stress of marketability, as a result of technical progress and economics of mass, moving from the notion of an act for the notion of activity. The professional activity intermediate between production and consumption of goods imposes an increasing specialization and the creation of economic organizations increasingly complex. It appears therefore that the principle of the company maintenance has been the main concern of contemporary business jurisprudence in the face of undeniable social shock produced a tendency to generalize, inadvertently, the application of the theory of disregard of legal entity. It is necessary to check carefully whether

<sup>1</sup> Artigo aceito para apresentação no XXII Encontro Nacional do CONPEDI, em Curitiba-PR.

<sup>2</sup> Doutor em Estado e Direito: internacionalização e regulação pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte/MG. Membro do IAMG. Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: [deilton.ribeiro@terra.com.br](mailto:deilton.ribeiro@terra.com.br)

the conditions are present according to the doctrine as recognized by the opportunity of its application, for only then if the answer is affirmative it will be necessary to proceed to its effective implementation taking as a fundamental premise the idea that the law necessarily involves an economic rationality, which, in turn, places great emphasis on the logic of economic efficiency.

**Keywords:** Minor theory of the Disregard doctrine; Maintenance of the company; Economic analysis of Law; The Federal Constitution; Civil Code of 2002.

## Introdução.

Para COELHO (2005, p. 266) a teoria menor da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.<sup>3</sup>

A teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma. Por outro lado, é de todo irrelevante a natureza negocial do Direito creditício oponível à sociedade empresária. Equivale, em outros termos, à

simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes (COELHO 2005, p. 266).

Para POSNER (1976), o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios representaria uma externalização dos custos para os credores das sociedades empresárias, que, no entanto, poderiam negociá-los com a própria sociedade empresária, de forma a buscar a compensação ex ante desses custos que lhe foram

---

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

transferidos. Para tanto, seria necessário que se garantisse aos agentes econômicos um amplo acesso às informações referentes à sociedade empresária bem como um ambiente no qual os credores possuísem reais condições de negociar com a sociedade empresária.

Ainda de acordo com POSNER (1976) a *standard contract theory*, se os empreendedores, para resguardar seus patrimônios particulares dos riscos inerentes à atividade econômica, não dispusessem do mecanismo de constituição de uma sociedade empresária, como pessoa jurídica autônoma, teriam de negociar, pontual e renovadamente, a limitação de suas responsabilidades com cada credor. Isso aumentaria os custos de transação e poderia comprometer a eficiência econômica. Ao preceituar a irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade (ou a sua limitação), o Direito estaria, segundo essa visão, como que criando uma cláusula geral de contrato, inerente às negociações entabuladas com a pessoa jurídica. Se não fosse a vontade do credor de pactuá-la, ele deveria condicionar a concessão do crédito ao aval ou fiança dos sócios.

Claro está que, desse modo de ver a personalização das sociedades empresárias, não se pode afastar a responsabilidade dos sócios, perante credores, por obrigações não negociáveis (*involuntary creditors*), como, por exemplo, os titulares de direito à indenização por ato ilícito. De fato, se a personificação das sociedades comerciais é uma cláusula geral de contrato, credores que não tiveram a oportunidade de negociar a extensão do crédito não manifestaram nenhuma anuência em relação a ela.

Desse modo, para se compreender o segundo fator de desprestígio do princípio da autonomia patrimonial, cabe distinguir as obrigações da sociedade empresária em dois tipos: as negociáveis e as não negociáveis.

No primeiro tipo, encontram-se as dívidas sociais originadas de tratativas desenvolvidas, com maior ou menor liberdade, entre as partes de um negócio jurídico. Alcança, *grosso modo*, os créditos disciplinados pelo direito civil e comercial, como são os documentados em títulos cambiais ou em contratos mercantis (COELHO, 2005, p. 270). Ainda no segmento das obrigações negociais –

normalmente decorrentes de um contrato –, há diferentes significados da importância e do papel desempenhados pelo processo obrigacional.

Quanto aos créditos negociais no ordenamento alemão existe dispositivo<sup>4</sup> que protege aos credores que avaliam o risco negocial, a redução do capital social original deve observar necessário requisito de publicação, por três vezes, da resolução de decréscimo do capital social. Simultaneamente, os credores devem ser convidados a se manifestar expressamente. Os credores que não consentirem com a redução do capital deverão ter suas obrigações satisfeitas ou garantidas. Trata-se de medida para proteção do credor negocial da empresa, especialmente porque, em raciocínio de proporção invertida, a redução do capital social implica em aumento do risco oferecido por aquela sociedade empresária (DINIZ, 2003, p. 114).

Em decorrência da inexistência de regra similar no Brasil SALOMÃO FILHO (1998, p. 910) preleciona que se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição de sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgment rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente.

As obrigações não negociáveis têm a sua existência e extensão definidas na lei, ou não são, por outros motivos, objeto de ampla e livre pactuação entre o credor e a sociedade devedora. Não se deve analisar o Direito das Obrigações exclusivamente sob o ponto de vista dos negócios de tráfico jurídico na sua missão de distribuição de bens, pois, além dos negócios que se referem apenas à cessão temporária do uso ou do proveito de determinada coisa, ou exclusivamente à prestação de uma determinada atividade, há fatos jurídicos que geram obrigações não em razão de uma vontade dirigida à sua produção, ou seja, aqueles que fazem nascer obrigações não negociais.

Para HAMILTON (1991, pp. 83-89) incluem-se neste último grupo as obrigações tributárias e as derivadas de ato ilícito ou aqueles que não têm meios de formar seus preços, agregando-lhe qualquer taxa de risco, como por exemplo, o Fisco, o INSS,

---

<sup>4</sup> § 58 da GmbH-Gesetz.

trabalhadores e titulares de direito de indenização (inclusive consumidor). Para essa categoria de credores sociais, a limitação da responsabilidade dos sócios representa, normalmente, prejuízo, porque eles não dispõem dos mesmos instrumentos de negociação dos credores negociais para se preservarem da insolvência da sociedade empresária (COELHO, 2005, p. 398).

A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção

e circulação de bens e serviços. Nesse sentido, quem negocia com uma sociedade limitada, concedendo-lhe crédito, deve calcular o seu risco e as correspondentes taxas remuneratórias, levando em conta que a garantia de recuperação é representada, em princípio, apenas pelo patrimônio da sociedade. Se considerar muito elevado o risco, o concedente do crédito poderá condicioná-lo ao reforço das garantias, que se viabiliza, pela coobrigação dos sócios, mediante fiança ou aval, dados em favor da sociedade (COELHO, 2005, pp. 396-397).

A responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador, sendo a desconsideração da personalidade jurídica uma regra geral de repressão ao empresário que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para externalização dos riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento consoante SALOMÃO FILHO (1998, p. 115).

## **I - Análise econômica do Direito na questão referente aos efeitos da aplicação judicial da teoria menor da *disregard doctrine*.**

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito ambiental (lei n° 9.605/98, art. 4°) e no Direito do consumidor (CDC, art. 28, § 5°). O referido dispositivo do CDC, quanto à

sua aplicação, sugere uma circunstância objetiva. Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores<sup>5</sup>.

A tese de que a teoria menor da desconsideração aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC. E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto que o § 5º do referido

dispositivo acolhe a teoria menor da *disregard doctrine*, em especial se considerado for a expressão *também poderá ser desconsiderada*, o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desestimação da personalidade jurídica<sup>6</sup>.

A desconsideração pode, excepcionalmente, representar um instrumento de redistribuição do risco empresarial entre a sociedade e seus credores, fazendo com que os sócios nas situações concretas sejam pessoalmente responsáveis pelos danos provocados pela sociedade. Essa visão da desconsideração segundo NEGRI (2008, pp. 185-6), mesmo que tenha um espaço reduzido dentro do ordenamento pátrio, já foi desenvolvida em outros países sob o influxo da análise econômica do Direito, de forma que se mostra imprescindível o exame da *disregard doctrine* sob esse novo olhar, que procura analisar o Direito de acordo com critérios econômicos.

---

<sup>5</sup> Como bem salienta a Min. Nancy Andrighi em seu voto o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral. Verifica-se, de imediato „*ictu oculi*“, que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$10.000,00 (dez mil reais), como se lê à fls. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

Para CEOLIN (2002, p. 100) concluir pela plausibilidade de se promover a flexibilização do princípio da autonomia da pessoa jurídica em face das obrigações decorrentes de atos ilícitos, é mister primeiramente refletir sobre o instituto da responsabilidade civil em face das sociedades empresárias.

Os homens que, durante muito tempo, adotaram em determinadas situações, atitude conformista perante o dano, hodiernamente, não toleram qualquer espécie de ofensa à sua pessoa ou ao seu patrimônio. Todo e qualquer ato causador de danos à esfera patrimonial ou à moral alheia é enfaticamente censurado e passa a ser objeto de demandas judiciais franqueadas às vítimas, para que elas possam obter o devido ressarcimento. Assim é que se tornou um hábito da sociedade contemporânea a busca por um culpado, alguém a quem se possa imputar determinado ato danoso e cobrar-lhe a respectiva restituição (VILLELA, 1994, p. 14).

Da culpa ao risco, a responsabilidade civil transformou-se em um dos institutos jurídicos mais debatidos e aplicados do ordenamento, criando-se uma verdadeira indústria do dano impulsionada pelas vultosas indenizações concedidas pelos magistrados. Em meio a toda essa euforia ao redor da responsabilidade civil, vozes levantaram-se na tentativa de conter seu incessante avanço, principalmente no que diz respeito à adoção generalizada de teorias que lhe imprimem caráter objetivo, denominadas objetivas ou do risco. Suscitou-se a necessidade de se repensar o papel desempenhado pelo risco para a concretização de atividades propulsoras do desenvolvimento de inúmeros setores da comunidade (VILLELA, 1997, pp. 15-16).

Concebeu-se, assim para MELLO (2001, p. 78), a teoria da socialização do risco segundo o qual os riscos, por serem inerentes a muitas atividades industriais e econômicas, são indispensáveis ao progresso humano. Nessa ordem de pensamento, não corresponde à absoluta verdade a afirmação de que a atividade de risco só beneficie aquele que se arvora a promovê-la. As indústrias químicas, metalúrgicas, petroleiras, farmacêuticas etc., por exemplo, promovem lucro e satisfação de inúmeros interesses das mais variadas classes de indivíduos. Se o empresário busca nelas recompensa pecuniária, são os demais integrantes da sociedade que se beneficiam com o progresso e o bem-estar social que aquelas geram através do desenvolvimento de novos materiais, remédios, meios de

transporte rápidos e seguros de pessoas e bens, além da oferta de empregos e da arrecadação enorme de impostos que financiam inúmeras ações de ordem social.

Sendo a comunidade diretamente beneficiada com as técnicas desenvolvidas pelas atividades de risco, ela também deverá suportar os eventuais prejuízos delas decorrentes ou, ao menos, criar mecanismos compensadores da assunção dos riscos pelos seus agentes. Responsabilizar apenas aqueles que se dedicam a essas atividades, investindo recursos ou gerindo-as, pelos danos causados por atos ordinários de gestão, significa ignorar os resultados socialmente úteis proporcionados, ainda que indiretamente, a todos os demais integrantes da comunidade (CEOLIN, 2002, p. 101).

Sob esse aspecto, VILLELA (1991, *passim*) comenta que não parece teoricamente absurda a hipótese de que do risco, além de lucros e danos imediatos, possam advir resultados sociais úteis, concluindo que para essa eventualidade cabe ao Direito desenvolver respostas que neutralizem ou reduzam a responsabilidade civil dos agentes que puseram em marcha a atividade arriscada.

Deve-se, portanto, levar em consideração, quando se cogita da responsabilidade civil dos agentes causadores de danos, que as atividades de risco são também fonte de progresso. Essa questão tem bastante relevância para o campo societário, na medida em que se constata que muitas atividades de risco são concretizadas por entes personificados, mais precisamente pelas sociedades. Aliás, a conjugação de esforços e de patrimônios individuais, de modo a constituir um novo ser, fez-se necessária, inicialmente, para fazer face aos riscos decorrentes das grandes expedições marítimas que não podiam ser suportados por um único indivíduo.

Nessa ordem de ideias, desprestigiar a autonomia da pessoa jurídica, para alcançar o patrimônio pessoal de seus membros, constitui resposta diametralmente adversa ao atual rumo que se pretende imprimir à responsabilidade civil, que procura criar mecanismos compensatórios àqueles que se aventuram em atividades de risco propiciadoras do progresso. Por isso, aduz-se que não apenas aqueles que, em vez de aplicarem seus recursos na poupança ou no mercado imobiliário (atividades nada produtivas socialmente), impulsionam a economia e propiciam o desenvolvimento de novas técnicas através da criação de sociedades devem arcar com os prejuízos ou

danos causados a terceiros. Esses devem ser contabilizados pela comunidade como um todo, pois pretender alcançar de maneira generalizada o patrimônio dos sócios, que cumpriram com seus deveres perante a sociedade e a terceiros, seria desprestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica e, com ele, toda uma gama de fatores essenciais às relações negociais (CEOLIN 2002, pp. 103-104).

Para que os sócios possam ser pessoalmente responsabilizados por atos ilícitos praticados pela sociedade empresária através de seus prepostos, é preciso demonstrar que, de algum modo, eles contribuíram para a ocorrência do dano sofrido pela vítima. Não se pode imputar aos sócios a responsabilidade pelos danos causados a terceiros pela sociedade, ainda que decorrentes de imprudência, negligência ou imperícia de seus prepostos e ainda que o patrimônio social seja insuficiente para satisfazer a indenização a que ela foi condenada. Somente a sociedade é responsável por tais obrigações, salvo se restar demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta direta e pessoal do sócio e o dano causado a terceiro (CEOLIN 2002, p. 104).

É certo que as vítimas de atos ilícitos encontram-se em posição desfavorável perante os demais credores, seja porque não lhes é dado negociar com a sociedade antes da constituição do vínculo obrigacional, seja porque não têm preferência entre os créditos a serem satisfeitos na hipótese de falência. Porém, não se pode pretender reverter essa situação mediante a flexibilização do princípio da autonomia da pessoa jurídica, de sorte a torná-lo inoponível às vítimas de atos ilícitos (CEOLIN 2002, p. 105).

As obrigações decorrentes de atos ilícitos, bem como as trabalhistas e tributárias, têm forte apelo social, porque traduzem uma preocupação com interesses públicos e indisponíveis. O equívoco, no entanto, de posições extremistas é analisar o problema sob um único enfoque, deixando de lado as reflexões acerca da relevância social das pessoas jurídicas. Elas são socialmente úteis, porque promovem a agregação de bens e esforços, empregam enorme contingente populacional e, sobretudo, porque contribuem para o desenvolvimento de atividades que propiciam o avanço tecnológico, cultural e social da humanidade (CEOLIN 2002, p. 105).

Deve-se ter em vista também que as obrigações não-negociáveis representam, tanto quanto as negociáveis, fator de risco aos empreendedores que não pode ser simplesmente olvidado pelos juristas. Para muitas atividades econômicas, a limitação de responsabilidade só se revela um Direito jurídico e socialmente útil, na medida em que tutela o patrimônio pessoal dos sócios contra a eventual ocorrência de dificuldades e transtornos econômicos e de infortúnios, dos quais nem o mais cauteloso dos homens está a salvo (CEOLIN 2002, p. 105) .

Destaca-se, ademais, que o Direito à limitação da responsabilidade é uno, não comportando restrições que levem em conta o tipo obrigacional. A autonomia da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios são estranhas a dita diferenciação, pois são igualmente oponíveis aos credores trabalhistas, tributários e às vítimas de atos ilícitos. Uma vez que as leis societárias, ao estipularem a responsabilidade limitada dos sócios, não fizeram qualquer ressalva quanto ao caráter das obrigações, não compete aos doutrinadores ou aos magistrados criarem restrições a esse Direito (CEOLIN 2002, pp. 105-106).

No plano da análise econômica do tema, POSNER (1977, p. 3) chegou a afirmar que se afigura implícito na definição de homem moderno sua tendência de maximização racional do próprio interesse, a ponto de, caso o ambiente em que se encontra mude de modo tal que possa aumentar sua satisfação, isto opera mudanças no comportamento pessoal deste homem.

Com base em tais premissas, o direito construído pela decisão judicial, por exemplo, deve maximizar o valor dos títulos jurídicos tomando como medida seus equivalentes monetários, razão pela qual a melhor interpretação judicial é aquela que maximiza o rendimento e o lucro, tendo na eficiência de mercado o critério normativo para avaliar o direito legítimo e o processo decisional jurídico efetivo. Ou seja, o direito deve ser eficiente.

Significa dizer, em outras palavras, que devem os juristas colocar atenção em questões atinentes à regularidade das relações materiais envolvendo os sujeitos de mercado, para garantir-lhes segurança, certeza, previsibilidade e cumprimento de expectativas, do que se preocupar com problemas de justiça.

## II - Princípio da preservação da sociedade empresária

Para BASTOS (2000, p. 115) na busca da concretização da livre iniciativa como um dos fins de nossa estrutura política, é dizer, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, desde que valorizado o trabalho humano, a Constituição Federal, também, elege como princípios da ordem econômica, dentre outros, a função social da propriedade, a livre concorrência, a busca do pleno emprego (CASTRO, 2007, p. 43).

Postular a livre iniciativa quer dizer precisamente que a Constituição Federal consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista (SILVA, 2004, p. 742). Significa também dizer que a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, traduz que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem estar social (FERREIRA FILHO, 1995, p. 3).

A busca do pleno emprego está relacionada estritamente com o princípio da preservação da sociedade empresária, que, por sua vez, interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais (FACHIN, 2001, p. 199). Afinal, o exercício da atividade empresária é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem preservação da atividade empresária inexistem emprego, razão pela qual não há como se valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte fica reservada ao seu imaginário (CASTRO, 2007, p. 43).

O princípio da busca do pleno emprego corresponde ao da preservação da sociedade empresária (de que é corolário o da recuperação da sociedade empresária), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresária e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal

consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros Direitos também dignos de tutela jurídica (GONÇALVES NETO, 1998, p. 99).

A preservação da sociedade empresária como princípio constitucional, porém, não deriva exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, VIII), mas também, do fato de que a Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade (CF/88, art. 170, III), o que não tolera a extinção de sociedades empresárias produtivas, sob pena de não atender aos interesses

coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares (CASTRO, 2007, p. 43).

A preservação da sociedade empresária como princípio constitucional, também, pode ser visualizada a partir da desmaterialização da riqueza, consequência da função social da propriedade. Dessa forma, se a sociedade empresária consubstancia a noção contemporânea da propriedade, ela, por força de princípio constitucional, deve atender a uma função social, isto é, gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, isto é, a trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado em razão do interesse de recolher tributos do exercício daquela atividade econômica organizada (CASTRO, 2007, p. 45). Assim procedendo, a Constituição Federal levou em conta a propriedade, considerada sob o aspecto econômico, mas com evidentes reflexos sociais, que abrangem, primordialmente, a sociedade empresária, como atividade organizadora que é da propriedade em fase dinâmica, nesta reconhecida como meio de produção (SOUSA, 2006, p. 176).

Depreende-se, dessa maneira, que o legislador constituinte defende a preservação da sociedade empresária; em caso contrário, não existirá função social concreta e, muito menos, haverá o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos. Aliás, impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica (art. 170, III e VIII), e não será destruindo centros de produção que essas normas serão observadas (TEPEDINO, 2002, p. 167).

A ordem econômica, portanto, também se funda no princípio da preservação da sociedade empresária, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais Direitos Fundamentais, vez que eventuais Direitos Fundamentais não enumerados abrangem Direitos de qualquer natureza: tanto direitos, liberdades, garantias como direitos econômicos, sociais e culturais (QUEIROZ, 2002, p. 89). Não se quer com essa assertiva, no entanto, erigir o princípio da preservação da sociedade empresária a Direito Fundamental, mesmo porque é impossível fazê-lo dada a natureza dos Direitos Fundamentais, os quais, na essência, são os Direitos do homem livre e isolado, sem prejuízo de que a distinção entre Direitos Fundamentais ou não radica na própria Constituição Federal. Os Direitos do art. 5º são enunciados, como Direitos e Garantias Fundamentais (CF/88, art. 5º, *caput* e itens I a LXXVII). Outros há que a fundamentalidade não os reveste. Dentre os Direitos constitucionalmente assegurados, só os Direitos Fundamentais estão sintaticamente ao abrigo das cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, § 4º, IV) conforme (BORGES, 2004, pp. 217-218). O que se pretende é demonstrar que a defesa da preservação da sociedade empresária, como princípio constitucional não escrito e integrante da ordem econômica nacional, auxilia a concretização dos Direitos Fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, sua preservação está em conformidade com os postulados do atual sistema constitucional, cuja preocupação primeira é atender e preservar os interesses sociais do homem, em sua plenitude (SOUSA, 2006, p. 205).

Analisando a questão da sociedade empresária em dificuldade econômico-financeira transitória, a doutrina sustenta que para sua recuperação e preservação, naquele momento exclusivamente, há que se privilegiar a preservação da sociedade empresária em detrimento de outros princípios, como por exemplo, os Direitos Trabalhistas (CASTRO, 2007, p. 47). No caso de recuperação judicial, a assembleia geral de credor e o juiz da causa deverão entregar-se à *ponderação de fins* - salvar a sociedade empresária, manter os empregos e garantir os créditos -, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o *sacrifício, verbi gratia*: a) do interesse da sociedade empresária e de seus sócios e acionistas em benefício de empregados e credores ou b) dos Direitos de empregados e credores em prol da sociedade empresária (LOBO, 2005, p. 110).

A preservação da sociedade empresária como princípio constitucional, ainda que não escrito, é necessário para se evitar que a eficácia da recuperação judicial venha a ser abalada, vez que não se reconhece ao sócio de sociedade empresária em recuperação judicial o Direito de recorrer ao recesso, uma vez que nessas condições o instituto do direito de recesso é contrário ao sistema e, portanto, inaceitável. Melhor explicando, não há como reconhecer ao sócio de sociedade empresária em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, pois a admissão desta possibilidade afetaria a eficácia da recuperação almejada não somente pelos credores, mas pelos empregados, pelos demais sócios e pela comunidade em geral na qual determinada sociedade empresária atua. De um lado estaria um indivíduo ou um grupo de pessoas objetivando um benefício particular, de outro, uma comunidade diferenciada a ser negativamente afetada pelo insucesso definitivo da sociedade empresária (VERÇOSA, 2006, pp. 106-107).

Nesse caso, o Direito Individual de propriedade (patrimonial) do titular cede (ainda que temporariamente) diante da necessidade do exercício e exploração da propriedade (CASTRO, 2007, p. 47). Portanto, a defesa da preservação da sociedade empresária não autoriza sua aplicação generalizada, isto é, padronizada, com sacrifício habitual dos credores. Há que se efetuar uma análise específica do caso concreto e, por conseguinte, dos interesses envolvidos, de modo a decidir se naquela situação prepondera a manutenção da unidade produtiva em detrimento dos seus credores (crédito) ou a liquidação imediata, evitando que seu estado de insolvência permaneça indefinido, abalando não só a comunidade envolvida, mas também a credibilidade do mercado, essencial para o seu funcionamento.

Compete, pois, ao juiz a análise do caso concreto, com base nos princípios norteadores da ordem econômica, decidir se determinada sociedade empresária merece guarida judicial no sentido de ser preservada; ou, caso contrário, liquidada imediatamente, de modo que as demais sociedades empresárias que integram o mercado não sofram nenhum abalo, continuando o exercício de suas atividades. Não resta outra opção ao juiz, uma vez que seria ingênuo legislar sobre critérios eminentemente econômicos (CASTRO, 2007, p. 49).

Importante, também, a função desenvolvida pela jurisprudência, com o intuito de harmonizar textos de lei que em tese resultam contraditórios, como também de desenvolver e concretizar a norma jurídica. Entre o ideal da certeza e da estabilidade das normas para que a segurança no tráfico jurídico não fique comprometida, e o ideal de que o Direito se aproxime da Justiça, a jurisprudência realiza sua altíssima função de harmonizar o que aparentemente resulta contraditório: harmonizar aquela certeza e estabilidade da norma com o fluente e variável que nos apresenta a vida do Direito. A jurisprudência, como fonte subsidiária do Direito, evitando sua cristalização, constitui a prova de como já não procede inclinar-se ante o dogma da onipotência legislativa e, assim, permanecer indiferente ou impassível frente a uma norma que se separa da ideia da maior humanização (SPOTA, 2005, p. 5).

O princípio da preservação da sociedade empresária, portanto, é um princípio constitucional, porém o modo de sua aplicação, isto é, a preservação propriamente dita ou liquidação imediata, deve ser analisada caso a caso pelo juiz. A sua transparência e viabilidade serão elementos absolutamente decisivos para que o instituto tenha êxito (CASTRO, 2007, pp. 51-51) e (LUCCA, 1999, p. 48).

Desse modo, evidente que a concretização dos Direitos Fundamentais sociais exige não só uma nova política orçamentária com fiscalização efetiva do Judiciário, mas também, uma dogmática constitucional emancipatória, que interprete não só o texto constitucional, mas igualmente o Código Civil e legislação extravagante de modo solidário, aberto e evolutivo, como, por exemplo, na defesa responsável do princípio constitucional da preservação da sociedade empresária (CASTRO, 2007, p. 52).

O Código Civil de 2002 demonstra a importância em propiciar meios para a preservação e continuidade da atividade exercida pela sociedade empresária, uma vez que é fonte de tributos, empregos e divisas, propiciando, pois, benefícios à sociedade em geral.

Exemplo disso deriva da norma positivada no art. 974<sup>7</sup> do mesmo diploma que trata da pessoa do incapaz. Com efeito, o Código Civil de 2002 permite que o incapaz,

---

<sup>7</sup> 5 CC/2002, art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

devidamente assistido por meio de representante, possa continuar o exercício da atividade empresária (até então administrada sozinha por ele enquanto capaz), ainda que mediante autorização judicial, admitindo dessa forma que o incapaz continue a atividade empresária, ainda que sujeito a restrições.

Em outras palavras, antes do advento do Código Civil de 2002 caso o sócio administrador de uma sociedade empresária viesse a se tornar incapaz (como, por exemplo, em decorrência de acidente de trânsito ou mesmo sério abalo emocional), inexoravelmente, a sociedade empresária era dissolvida, com o encerramento de suas atividades, causando, pois, consequências nefastas a toda a coletividade envolvida. Afinal, os funcionários ficavam desempregados. O Estado deixava de recolher tributos derivados daquela atividade econômica organizada. Os fornecedores ficavam impossibilitados de fornecer matéria-prima e assim sucessivamente ocorria com os demais envolvidos na cadeia empresária.

Depreende-se, pois, que do texto do art. 974 do Código Civil de 2002 extrai-se o princípio da preservação da sociedade empresária, uma vez que o legislador optou pela separação da sorte da sociedade empresária e da do empresário, sem, contudo, olvidar de continuar tutelando o patrimônio particular do incapaz, uma vez que esse patrimônio específico não se sujeita aos riscos inerentes do exercício da atividade empresária<sup>8</sup>, ou seja, não serve como garantia ao pagamento de eventuais débitos (CASTRO, 2007, pp. 112-113).

A preservação da sociedade empresária, na verdade, impregna todo o Título II do Livro II do Direito de Empresa, denominado *Da Sociedade*. Para sustentar essa alegação, basta se socorrer à regra positivada no art. 1.033, inciso IV: *dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...) a falta da pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias*, sepultando em definitivo a possibilidade de extinção de sociedade empresária composta por apenas dois sócios, na hipótese de afastamento de um deles (CASTRO, 2007, p. 113).

---

<sup>8</sup> CC/2002, art. 974, § 2º. Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

Outro exemplo que enfatiza o princípio da preservação da sociedade empresária como fio condutor do Código Civil de 2002, reside na regra positivada no art. 1.085, que permite a exclusão do sócio que está pondo em risco a continuidade da sociedade empresária, ainda que observado previamente o exercício do Direito de defesa em assembleia<sup>9</sup>. O próprio art. 1.029<sup>10</sup> do mesmo diploma estabelece a faculdade de que qualquer sócio pode retirar-se da sociedade, sem prejuízo de sua continuidade. Reflete, também, a função social dos contratos, corolário da função social da propriedade, sendo que para compreender o desenvolvimento desse novo paradigma, basta ver a construção do princípio da preservação da sociedade empresária (FORGIONI, 2003, p. 34).

A preservação da sociedade empresária como princípio estruturante do Código Civil de 2002<sup>11</sup> também, ficou revelada na influência que exerceu no relator do Projeto de lei nº 71/03, externada no Parecer 534, de 2004, que resultou na posterior lei nº 11.101/05, denominada Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que, ao tratar da noção de empresário, registrou sua preocupação em evitar interpretações equivocadas e aproveitar do Código Civil de 2002. Reforça esse entendimento, a redação dos arts. 1º e 47 da lei nº 11.101/05 que dispõe:

Art. 1º. Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

[...]

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>9</sup> CC/2002, art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

<sup>10</sup> CC/2002, ar. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

<sup>11</sup> Entendemos, portanto, que, se a legislação extravagante que trata exclusivamente da recuperação (preservação) de sociedades empresárias utilizou como instrumental teórico o Código Civil de 2002, inexoravelmente, o princípio da preservação da sociedade empresária foi alçado à linha mestra do próprio Código Civil.

O legislador ao erigir o princípio da preservação da sociedade empresária como fundamento estruturante do Livro II do Código Civil de 2002, gerou repercussões, dentre as quais, destaque-se a sua manifesta incompatibilidade com o abuso na utilização do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, que, por seu turno, era para se constituir em situação excepcional, embora a realidade do cotidiano forense demonstre exatamente o inverso, isto é, desvirtuamento, quando não, aplicação exagerada do instituto da *disregard doctrine*.

Em outras palavras, o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica está solidificando uma tendência de generalizá-la, inadvertidamente. Em razão disso, a prática forense mormente no âmbito das relações de consumo e do trabalho (até mesmo em ações falimentares) demonstra uma nítida despreocupação com os parâmetros estabelecidos na doutrina.

Nesse mesmo sentido, (VERÇOSA, 2006, p. 105) também defende que o abuso do instituto da *disregard doctrine* desestimula a atividade empresária, causando insegurança aos agentes econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia como um todo. Da desconsideração generalizada da personalidade da pessoa jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua *reconsideração*, com o fortalecimento da atividade empresária.

Nesse sentido é o Enunciado 51 aprovado pela Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13.9.2002, sob a coordenação de Ruy Rosado de Aguiar, na ocasião, Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Enunciado 51. Art. 50. a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

Portanto, para ALVIM (1997, pp. 211 *et seq.*) ao aplicar-se a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, deve-se verificar

atentamente, se estão presentes os pressupostos reconhecidos pela doutrina como ensejadores de sua aplicação, para, somente depois, em caso de resposta afirmativa, proceder-se à sua efetiva aplicação, garantindo-se a ampla defesa e o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

Depreende-se, portanto, que o princípio da preservação da sociedade empresária tem se constituído a principal preocupação do Direito de Empresa contemporâneo, diante do inegável abalo social produzido por uma quebra. No caso, ausente prejuízo a qualquer dos interessados, não há razão para declarar a nulidade de arrematação que não seguiu os estritos comandos do Código de Processo Civil. Valorização, no caso, da preservação da atividade empresária em detrimento do formalismo procedimental<sup>12</sup>. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças<sup>13</sup>.

A atividade judicial, portanto, não se exaure em desvendar o significado da lei ou mesmo a intenção do legislador, com cunho meramente declaratório. Na verdade, possui caráter constitutivo, ou seja, o juiz ao decidir, cria uma norma jurídica renovando o sistema jurídico. Desta forma, na medida em que se busca demonstrar que o princípio da preservação da sociedade empresária se constitui no pilar do Direito de Empresa no Código Civil de 2002, há que se esclarecer que esse pensamento implica visualizar o Código como um sistema aberto que integra a unidade do sistema jurídico, cuja leitura deve ser feita a partir da Constituição Federal, cuja concretização dos valores e princípios constitucionais não se exaure com a promulgação da Constituição Federal e, muito menos, com o advento da vigência do Código Civil de 2002 (CASTRO, 2007, pp. 131-133).

Dentro dessa ótica, deve-se, pois, proceder à releitura do Livro II do Código Civil, que trata do Direito de Empresa à luz da Constituição Federal, cuja perspectiva indica para arco evolutivo que migra da relação jurídica fundada acentuadamente na

<sup>12</sup> 10 RIO GRANDE DO SUL – Ag. Inst. nº 70004703112 - 2ª Câmara Especial Cível - Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório – v. u. – j. em 30.10.2002.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma – Resp. 299/RJ – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – v. u. – j. em 28.8.1989. RSTJ 4/1.555.

garantia do crédito para trânsito jurídico que dá relevo destacado à proteção da pessoa (FACHIN, 2001, p. 175).

A teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica possui um estreito liame com o princípio da preservação da sociedade empresária. A teoria da *disregard doctrine of legal entity* não postula a invalidade, irregularidade ou dissolução da sociedade empresária. Ao contrário, por desconsideração da autonomia patrimonial se entende tomar por episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica, ou seja, a sociedade empresária será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, válida e eficaz em relação a todos os demais aspectos no plano de sua existência jurídica. Em outros termos, os demais negócios jurídicos celebrados pela pessoa jurídica, que não se encontrarem diretamente relacionados com a fraude ou abuso a coibir, são preservados em sua validade e eficácia. Isto significa que a teoria da *disregard doctrine* possibilita a coibição da fraude ou do abuso sem o comprometimento dos interesses que visam o desenvolvimento da atividade empresária, que nenhuma relação guardam com a conduta fraudulenta ou abusiva justificadora da aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica; e possibilita a preservação da sociedade empresária porque não se põe em questão a validade ou regularidade do ato constitutivo ou dos negócios e demais atos jurídicos praticados pela sociedade empresária. Naquele episódio, e somente nele, em que a autonomia patrimonial foi instrumento de fraude ou abuso, a sociedade empresária não será considerada, mas ignorada. Para as demais relações jurídicas ela continua sendo pessoa jurídica sujeita de direitos e obrigações no âmbito do ordenamento jurídico.

### III - Visão da jurisprudência.

O **Recurso Especial nº 279.273/SP**<sup>14</sup> enfrenta a questão relacionada ao desabamento de um *Shopping Center* em Osasco-SP a Min. Nancy Andrighi

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7), 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

confirmou o entendimento de que o parágrafo 5º do art. 28 da lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 estaria relacionado à teoria menor da *disregard doctrine* com fundamento nas razões a seguir descritas:

A relatora inicia seu raciocínio para caracterizar a incidência do CDC e a equiparação dos transeuntes em *shopping center* à noção de consumidor. Reconhece a doutrina que o art. 2º do CDC<sup>15</sup> é insuficiente para abranger como consumidor somente aquele que adquire o produto como destinatário final, porque a interpretação teleológica do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 17 do CDC<sup>16</sup>, conduz à compreensão de que também são considerados consumidores, ainda que não participem diretamente da relação de consumo, os denominados pela doutrina e jurisprudência norte-americana de *bystander*. Abrange o conceito de *bystander* aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidos em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo.

O *shopping center* oferece à sociedade um serviço determinado, distinto dos serviços e bens ofertados pelas lojas, consistente na oferta de segurança, lazer e conforto àqueles que pretendem ou adquirir bens e serviços dos lojistas instalados no local, ou simplesmente transitar pelas galerias como forma de distração e lazer, sendo equiparados pela abrangência do estabelecido no art. 17 que os equipara a consumidores.

Para a Min. Nancy Andrighi pode-se afirmar que todo e qualquer frequentador de *shopping*, tenha ou não interesse em adquirir bens ou serviços é consumidor nos termos do art. 2º do CDC, porque adquire como destinatário final, o serviço de segurança, lazer e conforto ofertado pelo *shopping center*.

Por sua vez, o fato de o administrador do *shopping* não cobrar dos frequentadores preço pelo ingresso em suas dependências não conduz à conclusão de que o serviço ofertado pelo *shopping center* seja de natureza gratuita, porquanto o intuito

---

<sup>15</sup> Relembre-se o art. 2º CDC. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

<sup>16</sup> Art. 17 CDC. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

oneroso, ainda que indireto, é evidente, dada a relação existente entre o conforto e a segurança do *shopping*, de um lado, e a promoção de vendas de bens e serviços dos lojistas instalados ao longo das galerias, de outro.

E, ainda que não se considerasse o frequentador como destinatário final do serviço prestado pelo *shopping center*, deve-se observar o art. 17 do CDC, o qual equipara à noção de consumidor todas as vítimas do fato do serviço.

Feitas essas considerações, logo a seguir a Ministra Nancy Andrighi passa a enfrentar o tema da responsabilidade dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em especial no que respeita aos contornos atuais do instituto da desconsideração e a disciplina adotada pelo CDC a respeito.

Em seu voto que prevaleceu sobre o entendimento do Min. Relator que ficou vencido nessa parte ficou evidenciado que a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica quanto aos pressupostos de suas incidências, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da *disregard doctrine*.

Para ela, a teoria maior não pode ser aplicada com mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova de desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do Código Civil de 2002.

A teoria menor da *disregard doctrine*, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da doutrina com base na teoria menor, basta a prova

de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, o risco empresário normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito ambiental (lei nº 9.605/98, art. 4º) e no Direito do consumidor (CDC, art. 28, § 5º). O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, sugere uma circunstância objetiva. Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

É certo que a doutrina pátria se divide entre aqueles que aplaudem a inovação e aqueles outros que entendem que as razões do veto do § 1º do art. 28 do CDC deveriam ser destinadas ao § 5º, esse sim, sob a ótica de parte representativa de vozes autorizadas, sem razão de ser porque a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica está associada ao ilícito, ao desvirtuamento e abuso da forma social.

Existem argumentos também no sentido de que a topografia do § 5º do art. 28 significaria a dependência do seu preceito ao reconhecimento de abuso, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, e à novel disposição de má administração causadora de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

Fato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o *caput* do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica. Não são válidos os argumentos de que as razões de veto deveriam ser dirigidas ao § 5º e de que não se conceberia sua

existência autônoma dissociada do preceito veiculado no *caput* do art. 28 da lei nº 8.078/90.

A tese de que a teoria menor da *disregard doctrine* aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC. E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a teoria menor da *disregard doctrine*, em especial se considerado for a expressão *também poderá ser desconsiderada*, o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da *disregard doctrine*.

### **Considerações finais**

É certo que a parte final de uma investigação científica não deve se limitar a repetir todas as conclusões consignadas no desenvolvimento dos capítulos. Na verdade, busca ressaltar as principais conclusões com o escopo de destacar a premissa geral e, por conseguinte, demonstrar que o resultado final alcançou sua meta desejada. Ainda que a proposta defendida continue em sua evolução doutrinária, mesmo porque a conclusão da investigação não implica obrigatoriamente o seu destino final.

Dentro desse contexto, extraem-se as seguintes conclusões:

1. A construção teórica da personalidade jurídica às pessoas jurídicas foi motivada devido à necessidade verificada na realidade subjacente e, assim, a autonomia patrimonial foi um dos aspectos considerados de maior relevo. A limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios e administradores se consolidou como fator de segurança e tranquilidade, servindo como estímulo à atividade empresária.
2. A teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica surge exatamente como o modo de coibir e reprimir os abusos e fraudes praticadas

através da pessoa jurídica, permitindo, devido à sua aplicação, a relativização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, afastando episodicamente a eficácia da independência de patrimônios sempre que haja obstáculo ao ressarcimento a terceiros prejudicados pela fraude ou abuso perpetrado pelos sócios ou administradores.

3. O legislador, ao erigir o princípio da preservação da sociedade empresária como fundamento estruturante do Livro II do Código Civil de 2002, gerou repercussões, dentre as quais, destaque-se a sua manifesta incompatibilidade com o abuso na utilização do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, que, por seu turno, era para se constituir em situação excepcional, embora a realidade do cotidiano forense demonstre exatamente o inverso, isto é, desvirtuamento, quando não, aplicação exagerada do instituto da *disregard doctrine*.

4. O desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica está solidificando uma tendência de generalizá-la, inadvertidamente. Em razão disso, a prática forense no âmbito das relações de consumo e do trabalho (até mesmo em ações falimentares) demonstra não guardar qualquer relação com as premissas clássicas que sempre nortearam a teoria da desconsideração.

5. O abuso na utilização do instituto da *disregard doctrine* desestimula a atividade empresária, causando insegurança aos agentes econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia como um todo. A concessão da teoria da desconsideração através de um modelo universalizante, capaz de envolver todos os tipos de sociedades empresárias, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve passar à sua reconsideração, para se adaptar a diferentes contingências econômicas, políticas e culturais.

6. Não é a simples existência de dano sofrido pelo credor ou terceiro que autoriza a aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. O princípio da autonomia patrimonial é importante mecanismo jurídico de motivação da iniciativa privada no âmbito da economia de mercado. Em outras palavras, a menos que se demonstre a ocorrência de fraudulento ou abusivo uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ela não poderá ser desconsiderada. O segundo princípio dos quatro

formulados por Rolf Serick, ao sintetizar os fundamentos da *disregard doctrine*, consigna que não cabe desconhecer a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, apenas porque não se realizou o objetivo de norma jurídica ou a causa objetiva de negócio jurídico.

7. Isto significa, é certo, o reforço ao entendimento da validade da separação patrimonial da pessoa jurídica, vez que se condena apenas o seu eventual uso indevido. Se se encontrar a pessoa jurídica dentro dos limites delineados pelo legislador infraconstitucional, merece a sociedade empresária, os seus sócios e administradores a tutela emanada do ordenamento jurídico, que consagra o princípio da separação patrimonial.

8. Ainda quanto à natureza do abuso ou da fraude que autorizam a aplicação da *disregard doctrine*, não é qualquer expediente fraudulento ou abusivo causador de dano a terceiro que possibilita ao magistrado afastar a incidência da regra da separação patrimonial. Deve o ilícito caracterizar-se pela manipulação indevida da autonomia patrimonial. Do mesmo modo, ocorrendo ocultação de pessoa atrás da personalização da pessoa jurídica, para se furtar ao cumprimento de obrigação legal ou contratual dela própria, é que se pode cogitar na invocação da *disregard doctrine*.

9. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa possui um estreito liame com o princípio da preservação da sociedade empresária. A teoria da *disregard doctrine of legal entity* não postula a invalidade, irregularidade ou dissolução da sociedade empresária. Ao contrário, por desconsideração da autonomia patrimonial se entende tomar por episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica, ou seja, a sociedade empresária será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, válida e eficaz em relação a todos os demais aspectos no plano de sua existência jurídica. Em outros termos, os demais negócios jurídicos celebrados pela pessoa jurídica, que não se encontrarem diretamente relacionados com a fraude ou abuso a coibir, são preservados em sua validade e eficácia. Isto significa, que a teoria da *disregard doctrine* possibilita a coibição do abuso ou da fraude sem o comprometimento dos interesses que visam o desenvolvimento da atividade empresária, que nenhuma relação guardam com a

conduta fraudulenta ou abusiva justificadora da aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica; e possibilita a preservação da sociedade empresária porque não se põe em questão a validade ou regularidade do ato constitutivo ou dos negócios e demais atos jurídicos praticados pela sociedade empresária. Naquele episódio, e somente nele, em que a autonomia patrimonial foi instrumento de abuso ou fraude, a sociedade empresária não será considerada, mas ignorada. Para as demais relações jurídicas ela continua sendo pessoa jurídica sujeita de direitos e obrigações no âmbito do ordenamento jurídico.

10. Os métodos e critérios da análise econômica do Direito são de extrema importância para o exame da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica vez que a distinção entre os vários credores das sociedades empresárias na aplicação da *disregard doctrine* se mostra de grande relevância, tendo em vista que os credores que tiveram a possibilidade de internalizar, *ex ante*, o risco relativo à limitação da responsabilidade, não podem ser tratados da forma com que são aqueles que não tiveram essa oportunidade, sob pena de reduzir a sociedade empresária a uma “caixa vazia”, incapaz de retratar, na sua essência, todos os matizes que envolvem a complexa atuação dos agentes econômicos.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: IBDC, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7). Recorrentes: B Sete Participações S/A e outros; Recorrente: Marcelo Marinho Andrade Zanotto e outros, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, 3ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler; Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi, D.J. de 29.3.04, j. não conhecer de ambos os recursos especiais – v.v.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no código civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração. *In: Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores das sociedades empresariais por débitos negociais e não-negociais. *In: Obrigações no novo direito de empresa*. HENTZ, L. A. S. [Coord.]. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. IV.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito pós-moderno e contratos de *shopping center*. *In: Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HAMILTON, Robert W. *The law of corporations*. 3ª. ed. St. Paul, Minn., West, 1991.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRI, Sérgio Marcos C. de. Repensando a *disregard doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. *In: Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POSNER, Richard. The rights of creditors on affiliated corporations. *In: The University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976.

\_\_\_\_\_. *Economic analysis of Law*. 2 edition. Boston: Little Brown & Co., 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VILLELA, João Baptista. As bruxas de Salem e a fabricação dos culpados. *In: Del Rey Revista Jurídica*, nº 1, Belo Horizonte, 1997.

\_\_\_\_\_. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. *In: Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 22, São Paulo, 1991