

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – O perigo do eventual abrandamento na apreciação dos pressupostos específicos do artigo 50 do Código Civil – Análise comparativa

I – Introdução ao tema – motivação e objetivos do trabalho

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica tão declamada em verso e prosa pelos doutrinadores e aplicada pelos tribunais foi finalmente normatizada pelo código civil. E a redação do artigo 50 do Código Civil, como veremos, traz requisitos específicos que diferem na essência de outras normas legais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, do Código Tributário Nacional, da lei de defesa da concorrência e da lei de Crimes Ambientais.

E sabemos que a concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que se formula a partir dos juristas e principalmente da compreensão e interpretação que é dada pelos magistrados. É na aplicação prática, exteriorizada pelas decisões judiciais, que se moldará o artigo 50 do Código Civil.

E o objetivo deste texto é reafirmar e reavivar as linhas mestras e os principais vetores da doutrina da desconsideração, demonstrando que pequenos desvios na aplicação dos requisitos específicos do artigo 50 do Código Civil poderão fragilizar o próprio sistema que abarca as sociedades empresárias. Sim, pois se constata, ainda que de forma inexpressiva, algumas decisões, talvez sob o vezo analógico do Código de Defesa do Consumidor, que estão afrouxando os requisitos específicos para a desconsideração, contentando-se com meros indícios ou criando presunções não legais, trazendo preocupação para a segurança das relações societárias.

Ora, o art. 50 do Código Civil não insere como pressuposto a justificar a desconsideração o fato da má gestão da empresa ou a dificuldade ou obstáculo ao ressarcimento de prejuízo ao credor. Muito menos é admissível ilações ou decisões que venham a declarar a ineficácia da personalidade jurídica pelo simples fato de o sócio majoritário ser possuidor de mais de 90% das quotas, criando uma presunção de confusão de patrimônio capaz de justificar a penetração nos bens pessoais, e denotando um abrandamento preocupante.

Abrandamento da jurisprudência que poderá, paulatina e inadvertidamente, promover uma distorção dos fundamentos que deram vida ao artigo 50 do Código Civil.

II – Crise da pessoa jurídica – abuso de direito – tendência legislativa

A teoria da desconsideração só nasceu em função de uma crise da pessoa jurídica, de uma disfunção daquilo que era idealizado como perfeito. Crise de função gerada pelo abuso da utilização da personalidade jurídica¹.

A desconsideração da personalidade jurídica é, pois, um capítulo do abuso do direito. Sim, pois na medida em que a autonomia patrimonial, a limitação da responsabilidade dos sócios se constituiu, para alguns maus empresários, como um instrumento facilitador da fraude e da lesão aos credores houve uma natural reação do direito – que sabemos não admite o conceito de absoluto –, primeiro da jurisprudência e depois do legislador, impondo um freio a possibilidade de tais iniquidades².

E uma das primeiras aplicações foi no campo fiscal, de modo a reprimir a sonegação e a evasão de impostos. O artigo 135 do Código Tributário Nacional albergou a essência da teoria, criando um instrumento eficaz contra a fraude e o abuso de direito. Essa onda rapidamente chegou às lides trabalhistas, onde é comum que a execução recaia sobre bens dos sócios.

Observando a tendência de coibir o abuso de direito – e aqui de forma bem mais abrangente – o legislador criou regras específicas para a defesa do consumidor e do interesse público ao meio ambiente sadio.

E finalmente e como forma de positivizar o que já era uma realidade jurisprudencial o legislador estabeleceu no artigo 50 do Código Civil o instituto da desconsideração.

¹ José Lamartine Correia de Oliveira mostra bem esse histórico em seu fantástico livro “A dupla crise da Pessoa Jurídica”, Saraiva, 1979.

² Esses freios legais também não são insuperáveis. A criatividade do nocivo empresário é impressionante. Basta tornar ilimitada a responsabilidade e aparecem os “laranjas”. Não há limite para os aventureiros ou os fraudadores. Sempre aparece um golpe novo na praça, e na maioria das vezes tem como protagonista empresas, formalmente constituídas, mas cujo propósito, único, é fraudar o crédito alheio.

Regra legal que trouxe em sua essência também o combate ao abuso da personalidade, mas estabelecendo, como requisitos específicos, o desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Assim, dentro do atual quadro legislativo se observa uma variada gama de leis criadas para responsabilizar o administrador ou sócio, superando a autonomia da empresa. Só que nem todas têm as mesmas matizes, como adverte o Prof. José Lamartine Correia de Oliveira³. Algumas leis não têm em sua gênese a desconsideração da personalidade jurídica e outras alargaram muito o conceito original. A análise de alguns textos normativos permitirá demonstrar a diferença de alcance e dos pressupostos específicos para a aplicação da teoria da desconsideração, caso a caso.

III – Discrímen entre o Código Civil e as demais leis que tratam do tema

No campo fiscal e trabalhista o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ganhou contornos próprios visando estabelecer uma espécie de **solidariedade**, sempre que houver abuso, excesso de poder ou qualquer espécie de ilegalidade, entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, do sócio ou administrador.

Professor Lamartine Correia⁴ destaca bem esse sutil afastamento da doutrina clássica, ao ensinar que: “quando são responsabilizados diretores que, embora agindo dentro de suas atribuições, o fizeram com culpa ou dolo, é a culpa ou o dolo próprios que levam a imputar responsabilidade à pessoa natural, responsabilidade de resto inimputável à pessoa jurídica, não havendo portanto qualquer desconsideração: a responsabilidade solidária dos diretores por não-cumprimento de obrigações ou deveres impostos pela lei a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade deriva também de fato próprio dos diretores, como pessoas naturais, nada havendo de desconsideração em tal responsabilidade.” E se é fato próprio dos diretores não há que se falar em desconsideração e sim em solidariedade.

Aqui, presente às hipóteses de fraude, abuso, excesso de poder ou qualquer espécie de ilegalidade, estar-se-á abrindo portas para que a execução recaia sobre bens dos sócios ou administradores.

³ Ob.cit., p. 555.

⁴ Ob.cit., p.555.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão recente, proferido em Embargos de Divergência em Recurso Especial (nº 260.107-RS, Relator Min. José Delgado, j. em 10.03.2004) estreitou um pouco o raio de aplicação dessa solidariedade, estabelecendo uma interpretação mais restritiva, quando afirma que “simples inadimplemento não caracteriza infração legal” e mais, que “em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/76)”.

Já o Código de Defesa do Consumidor, a lei de defesa da concorrência e a lei de crimes ambientais, sem se afastar da teoria clássica da desconsideração, ampliaram, com relevantes razões de interesse público, as hipóteses de penetração nos bens dos administradores ou sócios.

No Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, temos, na primeira parte do *caput* do artigo 28 a versão clássica do instituto que prevê a desconsideração nos casos de abuso no exercício de direito, excesso de poder ou ato ilícito.

A segunda parte da referida norma indica outros pressupostos para a desconsideração, a saber: a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração⁵. Como se vê o âmbito de abrangência é bem maior e atinge em cheio a própria má administração⁶.

É claro o que o legislador criou a norma visando proteger determinados credores, ou seja, os consumidores, que merecem especial deferimento legal.

O mesmo se diga das hipóteses legais tipificadas no art. 18 da lei de defesa da concorrência e no art. 4º da lei de crimes ambientais que na mesma esteira de proteção ao consumidor, ampliam a idéia clássica da doutrina para desconsiderar a personalidade jurídica "sempre que for obstáculo ao

⁵ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, 2000, p.354, considera o rol meramente exemplificativo, sendo bem “ampla” a gama de hipóteses em que poderá ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica.

⁶ Remete-se o leitor para ler a crítica contundente sobre essa abrangência no artigo de Raquel Sztajn publicado na Revista do Direito do Consumidor, vol. II, p. 71.

ressarcimento de prejuízos", independente, é óbvio, de existir ou não abuso ou fraude.

Em suma, ainda que os sócios ou administradores da pessoa jurídica tenham atuado com boa-fé, honradez e lisura, isto é, sem abuso de direito ou fraude, e não havendo patrimônio suficiente, deverá ser desconsiderada a pessoa jurídica para ressarcir os prejuízos do consumidor e do meio ambiente.

O Código Civil, diferentemente, bebeu da fonte clássica do instituto, tão festejada por José Lamartine Correia de Oliveira, Fábio Konder Comparato e Rubens Requião, mesclando as teorias, objetiva, adotada pelos dois primeiros, e teoria subjetiva, defendida pelo último, estabelecendo em seu artigo 50 que somente o desvio de finalidade ou a confusão de patrimônio podem gerar a desconsideração da personalidade jurídica.

Ou seja, sem a amplitude do CDC ou da lei de crimes ambientais, limita a penetração nos bens pessoais do administrador ou sócio, a situações específicas e que devem ser evidentemente comprovadas.

O artigo 50 do Código Civil, portanto, não elege como pressuposto específico para a desconsideração a má gestão ou o infortúnio societário derivado de obstáculos comerciais e de mercado. Portanto, para que se possa transformar de limitada em ilimitada a responsabilidade é preciso que haja prova de abuso praticado pelo administrador ou sócio, com desvio de função ou confusão de patrimônio.

E quando se fala em desvio de função – que para o Prof. Fábio K. Comparato a “desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultando, sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito”⁷ – tem-se sempre que o administrador se desviou do objeto social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. Não só se desviou do objeto social como aproveitou da capa protetora da pessoa jurídica, que tem uma função econômica dirigida ao mercado, com propósito escuso, visando fraudar terceiros.

E quando se fala em desvio de finalidade não se pode esquecer que estamos nos deparando com conceito indeterminado, onde a gama de situações da vida real, notadamente pela criatividade de péssimos empresários, que com o

⁷ O Poder de controle na Sociedade Anônima, 3ª ed., 1983, p. 284-286.

“jeitinho” criam situações as mais variadas para abusar do direito, permite ao magistrado certa margem de discricionariedade na avaliação da prova e na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Veremos, contudo, que dentro da ótica da discricionariedade, havendo duas opções contrapostas, deverá prevalecer àquela que prestigia a autonomia empresarial, como valor primordial do sistema econômico e jurídico que abarca as sociedades comerciais.

Já na segunda hipótese – confusão patrimonial – a atuação do sócio ou administrador se confunde com o da própria sociedade, sendo esta utilizada como verdadeiro escudo para confundir o patrimônio. É a verdadeira mistura de patrimônios, como se as pessoas jurídicas e físicas fossem geridas financeiramente como se fossem a mesma pessoa.

Isso não significa afirmar que teremos sempre uma presunção de confusão de patrimônio só pelo simples fato de um dos sócios ser detentor de 90% das quotas. Absolutamente. Só esse fato não é suficiente para essa caracterização. É preciso mais. É preciso que se demonstre que efetivamente houve a confusão dos patrimônios e que a empresa foi utilizada abusivamente com o propósito de servir de escudo para fugir às obrigações contratadas.

Outra forma de confusão patrimonial ocorre quando terceiros encontram dificuldade para identificar qual empresa de um grupo econômico é responsável por determinada obrigação, o que também é conhecido como "confusão de esferas"⁸

Assim, desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, por quaisquer desses pressupostos, tem-se descartada a autonomia patrimonial no caso concreto, permitindo-se o ataque aos bens do sócio ou do administrador, que desonestamente e fraudulentamente abusou da personalidade jurídica.

IV – Interpretação – a regra geral é a autonomia patrimonial. A desconsideração, é exceção a essa regra

⁸ Fábio Konder Comparato, ob.cit., p. 373-374 cita interessantes exemplos.

Não pretendemos fazer uma defesa da empresa nacional ou do empresário. As mazelas dos maus empresários não podem ser colocadas para debaixo do tapete ou desconsideradas pela justiça. Ao contrário, deve-se incentivar o uso da penetração nos bens dos administradores e sócios, sempre que houver o abuso de direito.

Agora, não podemos, também, tratar o sócio ou administrador como uma espécie de Geni – condenado por antecipação a ser apedrejado como responsável pelos infortúnios da empresa – e que deverá, sempre, independentemente das situações, ter seus bens constrictados para o ressarcimento dos credores.

Ora, toda a filosofia do direito societário está fincada na preservação da autonomia da personalidade jurídica como princípio básico. Essa é a regra. A desconsideração, como um desvio, um abuso da pessoa jurídica, é a exceção.

Na dúvida, no entrelcho de provas ou quando não ficar provado o abuso, deve prevalecer o princípio da autonomia patrimonial.

Princípio da autonomia patrimonial que está no centro das atenções de nosso sistema econômico.

Sistema econômico que se ressentir de uma alergia muito séria a instabilidades geradas por movimentos jurisprudenciais que titubeiam na avaliação dos critérios da separação de patrimônio, fornecendo sinais dúbios a respeito do tema, e que refletem diretamente na falta de confiança dos investidores⁹.

Sim, pois o sistema societário, intrinsecamente, está ligado ao mercado. O chamado risco de mercado nada mais é do que um "conceito de previsibilidade de agir", que é governado por regras comportamentais que se sustentam nas relações de segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema. Se há mudança no comportamento desse sistema - e o Poder Judiciário tem esse poder de alterar essas regras - os reflexos são imediatos e recaem nos riscos do mercado.

Não há dúvida de que o risco faz parte do negócio. O capitalista convive com o risco. O que não tolera - e tem verdadeira aversão - é com a incerteza na

⁹ Folha de São Paulo, segunda-feira, 9 de agosto de 2004, Paineis S.A., B2: “**Incertezas** – O economista Edmar Bacha falará amanhã, na Febraban, sobre questões que envolvem incertezas jurídicas. Segundo ele, o problema impede a existência de um mercado de crédito de longo prazo no país, bem como a queda da taxa de juros para níveis internacionais.”

avaliação desse risco e na possibilidade de comprometer além do capital investido.

Uma coisa é certa: tolera perder o que investiu na empresa, todavia não admite correr risco de responder com o seu patrimônio pessoal. A partir do momento em que esse fenômeno deixa de ser exceção e passa a ser regra, o investidor e as empresas passam a ter uma estratégia muito mais conservadora, com imediatos e graves reflexos no mercado.

É o que está acontecendo com empresas prestadoras de serviço que utiliza enorme contingente de empregados. Qualquer desarranjo empresarial implicará, no comprometimento do patrimônio pessoal dos sócios, independentemente da natureza ou causa do débito trabalhista.¹⁰

Basta a empresa não possuir bens suficientes para que a solidariedade seja aplicada, independentemente das razões do infortúnio, se abusivo, fraudulento ou não. A Justiça Trabalhista já deu o sinal ao mercado e não há dúvida no posicionamento jurisprudencial: a solidariedade e a característica de responsabilidade ilimitada é uma realidade.

Não se questiona a tendência de contenção da responsabilidade limitada dos sócios. Não é de hoje que o legislador responsabiliza o administrador por atos ilegais ou abusivos cometidos contra credores ou acionistas. Essa tendência foi advertida por Rubens Requião (RT-511/19) que disse, inclusive, que "tem conotação ideológica", notadamente quando se constata que nossa constituição abraça o sistema capitalista com roupagem social.¹¹

E o legislador do Código Civil, aparentemente, não pretendeu ir tão longe.

A falta de autonomia e a responsabilidade ilimitada – no código civil – têm contornos de aplicação mais rígidos. Seus requisitos são específicos e merecerá da jurisprudência uma aplicação cautelosa. Isso não quer significar que estejamos a advogar a timidez ou o medo na aplicação do instituto.

¹⁰ Frise-se, mais uma vez, que as decisões das lides trabalhistas não estão respaldadas no Código Civil.

¹¹ José Afonso da Silva – Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª Ed., RT, p.669 – atesta que “Temos afirmado que a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput* e incs. II e IV).(...) Mas ela, apesar disso, abre caminho às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou, conforme já observamos no estudo anterior do conceito de Estado Democrático de Direito”.

Absolutamente. O que queremos dizer é que existe uma razão maior para a cautela. E essa razão está diretamente ligada ao estímulo da cadeia produtiva e na aceitação do mercado capitalista.

V – Risco econômico – segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema societário

A separação patrimonial constitui o verdadeiro estímulo à atividade econômica sem envolver nos riscos bens particulares dos sócios. Na exata medida em que esses riscos são amplificados por uma quebra do sistema, por relaxamento das regras do jogo, esse estímulo se converte em desestímulo e na quebra da cadeia produtiva, pois o capitalista irá pensar duas vezes antes de aplicar seu capital numa sociedade. Isso já está se refletindo na prática no que toca às empresas prestadoras de serviço, àquelas que envolvem grande número de empregados, com relação aos riscos do negócio no que se refere a problemas de ordem trabalhista, onde as decisões, de maneira generalizada e de forma indiscriminada, atingem diretamente o patrimônio pessoal dos sócios.

É claro que não podemos ser cegos para uma realidade que está presente em nossos dias que é justamente o de uma pequena parcela de empresários que usam e abusam da empresa com propósitos ilícitos e fraudulentos. Essa realidade existe e infelizmente está presente em nosso dia-a-dia. Só que não podemos transformar esses abusos, causados por aventureiros e pseudo-empresários, como uma regra de aplicação da teoria da desconsideração. Assim, sempre que houver a prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, deverá o magistrado intervir e estender os efeitos de obrigações sociais aos bens particulares dos sócios ou dos administradores, observando, sempre, o devido processo legal e o contraditório¹².

É da essência do capitalismo o elemento **risco econômico** que pode ser traduzido pela possibilidade contingencial de auferir lucro e de arcar com prejuízo. E é óbvio que no sistema empresarial, seguindo o modelo capitalista, o investidor tem como regra justamente esse risco econômico, desde é, claro, que seu risco fique delimitado ao capital investido, estando, a salvo, o seu patrimônio particular. Se não for assim, certamente não teremos um fomento

¹² Filiamo-nos à corrente que entende que o administrador ou o sócio deve participar necessariamente no pólo passivo da relação jurídico processual desde o início e não só na fase de execução de sentença.

da circulação de riquezas, visto que será muito mais interessante para o capitalista aplicar seu dinheiro no mercado, não expondo seu patrimônio a risco. E na teoria da empresa, agora revigorada pelo novo código civil, tem-se justamente esse objetivo, traduzido na personificação da atividade econômica, de forma organizada, para a produção e circulação de bens ou de serviços. E o empresário é, sem dúvida, um dos ativadores do sistema econômico, visto que sem o seu capital a engrenagem do capitalismo não funciona. Por isso é que pensamos que o instituto da desconsideração deve ser visto como um instrumento normativo criado para corrigir um desvio de função da sociedade empresarial, de sorte a não comprometer, assim, o próprio sistema empresarial, tão importante para a saúde econômica e social da sociedade.

O que queremos destacar – e esse é o objetivo do estudo – é que certo afrouxamento das decisões na aplicação dos requisitos específicos de aplicação do instituto, que como dissemos é uma anomalia da sociedade, pode levar a um sobressalto ao sistema empresarial, na medida em que o próprio sistema capitalista reage rapidamente quando o risco do negócio é substancialmente atingido.

É o que destaca Paula Forgioni¹³: “Eis outra mola propulsora do direito comercial: quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídica proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial. Na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de *regularidade e previsibilidade de agir*: quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os *comportamentos são previsíveis*.”

Na medida em que essa previsibilidade é abalada por um alargamento, um afrouxamento dos requisitos do instituto, tem-se, também, em certa medida, a própria quebra da confiança e da segurança jurídica do investidor.

E o legislador foi consciente dessas razões, afinal vivemos num sistema capitalista, mitigado pela bandeira do social. E só o fato da inexistência de patrimônio suficiente para solver uma dívida, desde é claro, não objeto de confusão (leia-se: fraude) patrimonial ou desvio, não basta para a aplicação da teoria da desconsideração. Muito menos o fato de o sócio administrador ter

¹³ A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 130/12.

substancial participação societária. É preciso mais. É preciso que haja de forma comprovada a quebra do sistema societário, mediante a existência de uma confusão patrimonial ou o desvio de função.

Em excelente artigo Marlon Tomazette¹⁴ sustenta este ponto de vista: “Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção a desconsideração. “A pessoa jurídica é um postulado básico que serve de base para transações comerciais e deve haver razões fortes para um tribunal ignorar este postulado.” Apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração, e sacrificar a autonomia patrimonial.

A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico, e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação.”¹⁵

E Marlon Tomazette¹⁶ arremata, dizendo: “A aplicação generalizada da desconsideração acabaria por extinguir uma das maiores criações do direito, a pessoa jurídica, e por isso há de se ter cautela sempre, não considerando suficiente o não cumprimento das obrigações da pessoa jurídica. Assim já se pronunciou o 1º TACivSP, afirmando que “percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio da finalidade da entidade jurídica. Do contrário seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica” (1º TACivSP, 3ª Câ. , Ap. 507.880-6, j. 15.09.1992, Rel. Juiz Ferraz Nogueira)

¹⁴ Tomazette, Marlon. “A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil”, RT-794/79.

¹⁵ Um claro exemplo dessa visão é o acórdão de nosso Tribunal, relatado pela Des. Maria do Rocio Santa Ritta (Agravo de instrumento n. 2003.023452-7, de Timbó): “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE PROVA CONVINCENTE DA FRAUDE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL. RECURSO IMPROVIDO. A desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de medida excepcional, uma vez que pode acarretar graves e irreversíveis prejuízos ao patrimônio particular dos sócios, não deve ser deferida sem um mínimo de prova convincente do uso fraudulento do princípio da autonomia da separação patrimonial.”

¹⁶ Ob.cit. p. 83.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁷, também tem sustentado esse posicionamento:

"(...) somente quando a pessoa jurídica for utilizada para a realização de uma fraude ou abuso de direito é que o Juiz está autorizado a ignorá-la. O simples prejuízo de terceiros em razão da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais nunca será, por si só, fundamento para a **desconsideração**. Sem o elemento subjetivo, intencional, destinado a ocultar uma ilicitude atrás da pessoa jurídica, não há como superar a autonomia patrimonial que a caracteriza. Se inexistir fraude ou abuso de direito, a personalização da sociedade, associação ou fundação deverá ser amplamente prestigiada."

E isso tem maior significação na medida em que o novo código civil – corretamente, diga-se de passagem – adotou um misto de critério objetivo e subjetivo¹⁸ para a delimitação dos requisitos específicos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Se tivesse adotado só o critério objetivo – adotado por Konder Comparato e Lamartine Correia – certamente os contornos decisórios seriam mais limitados, envolvendo, tão somente a questão da confusão patrimonial. É que no sistema subjetivo lidamos com conceitos indeterminados e com a questão do convencimento probatório e é óbvio que o julgamento deve ser precedido de cautela, sempre observando àquilo que está na matriz do instituto, ou seja, que a regra geral é a de que a autonomia patrimonial deve prevalecer e como exceção, uma vez demonstrado de forma cabal a utilização abusiva da sociedade, com finalidade escusa e/ou confusão de patrimônio é que declarará a ineficácia da autonomia, adentrando-se (penetrando-se) no patrimônio do sócio ou administrador.

VI - Conclusão

O artigo 50 do Código Civil, como vimos, não acrescentou nada de novo ao que vem sendo exposto ao longo dos anos pelos doutrinadores quando interpretam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

¹⁷ Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991.

¹⁸ A teoria subjetiva é a defendida por Rubens Requião e se funda na fraude e no abuso. Fábio Konder Comparato adota a teoria objetiva que tem como fundamento da desconsideração a confusão patrimonial entre o controlador e a sociedade controlada.

Já outras leis esparsas, fruto da mutação dos valores predominantes na sociedade, como são exemplos os casos do interesse público ao meio ambiente, a proteção do fisco, aos trabalhadores ou ao credor consumidor, extrapolaram os conceitos e critérios tradicionalmente analisados pelos doutrinadores, impondo, o que é muito salutar, efeitos jurídicos sequer antes imaginados.

Todavia se há um estímulo, em função das necessidades sociais de proteção a determinadas categorias de credores, de tornar ilimitada a responsabilidade dos atores da gestão da empresa, de outro lado há também um estímulo a uma sociedade industrializada e produtiva que privilegia a personificação da pessoa jurídica com patrimônio independente de seus sócios ou administradores. Esse discrimen, criando sistemas jurídicos distintos, é que impõe aos intérpretes e aplicadores do direito uma exegese mais restritiva e cautelosa, como verdadeira exceção à regra, quando da aplicação da regra do artigo 50 do Código Civil.