

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

PEDRO KOHLS TORALLES

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresariais
sob o Prisma do Art. 50 do Código Civil**

Porto Alegre

2010

PEDRO KOHLS TORALLES

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresariais
sob o Prisma do Art. 50 do Código Civil**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos
Santolim

Porto Alegre

2010

PEDRO KOHLS TORALLES

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresariais
sob o prisma do art. 50 do Código Civil**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Porto Alegre, 03 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Me. Rodrigo Wasen Galia
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Césio Sandoval Peixoto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, João e Léa, os quais sempre me acompanharam e apoiaram em todos os momentos. A jornada é longa e diversos percalços são transpostos. Amigos, professores, colegas, muitos nos ajudam, mas vem e vão; meus pais são os únicos que estão sempre comigo, em cada caminho, em cada obstáculo e, enfim, nas merecidas realizações. Agradeço também ao meu irmão, Eduardo, que assim como meus pais sempre esteve presente, e ao seu próprio modo, também sempre me ajudou, sendo companheiro, confidente e amigo.

Ao professor César Santolim, agradeço pela sua agradável e importante orientação nesta pesquisa, através de seus conselhos e observações. Agradeço também pela sua solicitude e elegância no trato com o orientando, o que sem dúvida me garantiu serenidade e confiança para o desenvolvimento regular de meu trabalho.

Agradeço aos amigos da Faculdade de Direito da UFRGS, que, tendo os mesmos objetivos, sempre foram grandes companheiros de percurso.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a desconsideração da pessoa jurídica nas relações de direito comercial, ou seja, sob o prisma do art. 50 do Código Civil. Para atender a este fim, é necessário o estudo da personalidade das sociedades, já que as sociedades, quando personalizadas, possuem autonomia patrimonial, ou seja, o seu patrimônio não se mistura com o de seus sócios.

Esse efeito da personalidade tem como objetivo ampliar os empreendimentos e aprimorar a economia e a produção. Quando a sociedade adquire personalidade, adquire também titularidade, tornando-se responsável pelas obrigações que contrair. Desta forma, limita-se o risco do investidor e maximizam-se as iniciativas empreendedoras.

No entanto, existem pessoas que abusam do instituto da autonomia patrimonial para se locupletar fraudulentamente, o que resulta em prejuízo para empregados, previdência, Estado, consumidores e também outras empresas. Este trabalho tem como finalidade entender e evitar essas distorções, especificamente, nas relações com outras empresas. A teoria da desconsideração será o objeto principal deste trabalho, pois ela decorre exatamente da necessidade de frear esses abusos ao instituto da autonomia patrimonial.

Palavras-chave: Desconsideração da pessoa jurídica. Artigo 50 do Código Civil.
Disregard doctrine

Título: A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresariais sob o prisma do art. 50 do Código Civil

ABSTRACT

This paper discusses about the disregard doctrine in the commercial relations, which means, under the prism of art. 50 of the Brazilian Civil Code. In order to fully respond this purpose, it is necessary to study the personality of the companies, due to the fact that the companies, since personalized, have their own assets, in other words, their patrimony don't blend with the patrimony of its own members.

This effect of the personality aims to increase the enterprises and improve the economy and production. When the company acquires personality, also acquires ownership, making it responsible for contracted obligations. For that reason, the risk of the investor gets limited and the enterprises initiatives are maximized.

However, there are people who abuse of the principle of the patrimony autonomy to fraudulently enrich, resulting loss to employees, insurance department, State, consumers and other companies. This paper has as purpose understand how to avoid such distortion, especially, in relations with other companies. The disregard doctrine will be the main object of this paper, because this is exactly how we can stop abuses to the principle of the patrimony autonomy.

Key-words: Disregard doctrine. Article 50 of the Brazilian Civil Code. Disregard doctrine.

Title: The Disregard Doctrine under the prism of the article 50 of the Brazilian Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PERSONALIDADE JURÍDICA	9
1.1 Histórico do reconhecimento de personalidade à pessoa jurídica.....	9
1.2 Natureza da pessoa jurídica	10
1.3 Conceito de pessoa jurídica	11
1.4 Efeitos da personalização	13
1.5 Classificação das pessoas jurídicas	15
1.6 Início da personalização	16
1.7 Término da personalização	19
1.8 Elementos formadores da sociedade empresária	20
1.9 Limites da personalização	22
2 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NAS ESPÉCIES SOCIETÁRIAS	24
2.1 Sociedades não personificadas	25
2.1.1 Sociedade em conta de participação.....	25
2.1.2 Sociedade em comum.....	26
2.2 Sociedades personificadas	28
2.2.1 Sociedade simples	28
2.2.2 Sociedade em nome coletivo	33
2.2.3 Sociedade em comandita simples	34
2.2.4 Sociedade limitada	35
2.2.5 Sociedade anônima.....	37
2.2.6 Sociedade em comandita por ações	40
2.2.7 Sociedade cooperativa	41
2.3 Responsabilidade ordinária	42
2.4 Responsabilidade extraordinária	43
2.4.1 Responsabilidade por violação de regras societárias.....	44

2.4.2 Responsabilidade por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas.	45
2.4.3 Responsabilidade por aplicação da teoria da desconsideração	46
3 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	49
3.1 Princípio da autonomia patrimonial.....	49
3.2 Teoria maior da desconsideração.....	51
3.3 Teoria menor da desconsideração	52
3.4 Artigo nº 50 do Código Civil	52
3.5 Desvio de finalidade.....	53
3.6 Confusão patrimonial.....	54
3.7 Desconsideração Inversa	55
3.8 Eficácia episódica da teoria da desconsideração	56
3.9 Pressuposto da licitude	56
3.10 Exemplos de aplicação da teoria da desconsideração.....	58
3.10.1 Caso de ausência de patrimônio sem abuso de personalidade	59
3.10.2 Caso de ausência de patrimônio onde há desvio de finalidade.....	59
3.10.3 Caso de ausência de patrimônio com confusão patrimonial	62
CONCLUSÕES	64
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo entender a teoria da desconsideração da pessoa jurídica no direito brasileiro. Para isso, é necessário descobrir no que ela consiste, qual a sua finalidade e, principalmente, quais as suas hipóteses de incidência.

Para desvendar o seu conceito e finalidade é necessário o estudo das pessoas jurídicas. A constituição da pessoa jurídica tem como efeito a sua titularidade e autonomia para realizar negócios e dispor do patrimônio social. Já a teoria da desconsideração surge no intuito de coibir fraudes e abusos no uso desta prerrogativa. É preciso, no entanto, saber qual a sua legitimidade jurídica para perseguir tais objetivos e quais os limites a sua aplicação, já que a teoria, historicamente, não é apoiada na lei e, também, possui um objetivo muito amplo. Nesse sentido, o estudo dos tipos societários é também muito importante, pois a teoria, não apoiada na lei, sempre foi tida pela doutrina como uma hipótese de solução residual aos conflitos entre as sociedades e os seus credores. Em outras palavras, é necessário saber quais situações e quais espécies societárias são suscetíveis a episódios de fraude, para, somente então, descobrir se haveria espaço para a aplicação da teoria da desconsideração.

No direito brasileiro, ainda, a *disregard doctrine* ganhou novos rumos e simplificou-se a partir do novo Código Civil. O código, finalmente, positivou a teoria da desconsideração no seu art. 50. É importante salientar que, pela primeira vez, a lei fez menção à teoria de forma geral. Em ramos específicos do direito como, por exemplo, o direito do consumidor, já havia dispositivos prevendo a desconsideração. Enfim, a partir do novo Código Civil, pode-se delimitar com maior acuidade o conceito, a finalidade e, principalmente, o alcance da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Acredito, assim, que, além do estudo da pessoa jurídica, das espécies societárias e do conceito histórico da teoria, é importante dar ênfase ao estudo do art. 50, pois somente assim se conseguirá idealizar uma formulação à teoria que seja precisa e, especialmente, que não careça de legitimidade.

1 PERSONALIDADE JURÍDICA

Existem sistemas jurídicos, como o do Reino Unido, em que o instituto da pessoa jurídica está associado diretamente com a limitação da responsabilidade dos sócios. Isso significa dizer que quando não há limitação da responsabilidade do sócio, necessariamente a sociedade será despersonalizada. Há casos, no entanto, como o do Brasil, em que há uma dissociação desses dois institutos. Há hipóteses em que não há limitação à responsabilidade, mas há personalidade jurídica. No Brasil, por exemplo, existe a sociedade empresária em nome coletivo, em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. Há também no sistema pátrio uma hipótese do inverso, em que não há personalização, mas os participantes podem responder dentro de um limite, é o caso do sócio participante da sociedade em conta de participação.

Porém, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “as sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações”¹ enquanto “a conta de participação não é, a rigor, sociedade, mas um contrato de investimento comum que a lei preferiu chamar de sociedade”².

1.1 Histórico do reconhecimento de personalidade à pessoa jurídica

Não é uma tarefa fácil determinar o surgimento do instituto, haja vista ser difícil determinar com precisão seu conceito. O Direito Canônico é apontado³ como

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

² *Ibidem*, p. 7.

³ Sustenta que “[...] foi o direito canônico que desenvolveu tal instituto com o incremento das fundações, então denominadas corpus mysticum. Qualquer ofício eclesiástico, provido de patrimônio próprio, era considerado ente autônomo”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99. v.1. *apud* BRUSCATO, Wilges Ariana – **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada** – São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 143.

um dos precursores do tema, já que havia uma necessidade de diferenciar a Igreja do grupo de pessoas que dela participavam.

Caenegem, dentre os princípios canônicos relacionados à Pessoa Jurídica, destaca: “1º autonomia da associação: quaisquer pessoas tinham o direito de unir-se com o objetivo de formarem uma corporação que diferenciava dos próprios integrantes”⁴.

Para os romanos, a origem da expressão pessoa vem de *persona* que significa máscara, o que indica a idéia de representação. No entanto, os romanos não reconheciam o instituto. “Quando um patrimônio pertencia a várias pessoas, mesmo que com destinação específica, não se criava uma corporação. Havia, sim, a comunhão do bem entre seus vários proprietários”⁵.

Conforme Zenildo Bodnar⁶, o instituto só “nasce após o surgimento do Estado e alcança contornos definidos após a Revolução Francesa, especialmente no Estado contemporâneo, que incentiva e protege as atividades empresariais que contribuem para o progresso dos povos. Na concepção atual, a pessoa jurídica, reconhecida como titular de direitos e obrigações nas relações jurídicas, surge da vontade humana, sendo uma realidade jurídica reconhecida antes mesmo do preenchimento dos requisitos formais – isso para proteger a boa-fé e a confiança de terceiros”.

1.2 Natureza da pessoa jurídica

Há quem afirme que hoje “os autores são concordes na visão de personalidade jurídica como uma criação do direito”⁷.

⁴ CAENEKEN, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 94. *apud* BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade tributária do sócio-administrador**. 1ª Ed. (ano 2005), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 155.

⁵ BRUSCATO, Wilges Ariana – **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada** – São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 142.

⁶ BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade tributária do sócio-administrador**. 1ª Ed. (ano 2005), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 156.

⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102. *apud* BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade...** p. 161.

Há, porém, opiniões divergentes, como a de Fábio Ulhoa Coelho⁸, segundo a qual existem, ainda, duas correntes que explicam a natureza da pessoa jurídica. A teoria pré-normativista onde a pessoa jurídica é um ser anterior à ordem jurídica, e a teoria normativista, que entende ser a pessoa jurídica uma criação do direito.

Nesse contexto, ressalto a brilhante fundamentação de Kelsen citada por Fábio Ulhoa Coelho: “Kelsen, que, sendo, inegavelmente um normativista, não vislumbra diferença nenhuma entre as duas espécies de pessoas, a física e a jurídica. Para ele, são ambos conceitos auxiliares da ciência do direito; instrumentos para facilitar a descrição de complexas normas jurídicas. O homem, para a ordem positiva, não é necessariamente titular de direitos e obrigações, e a escravidão demonstra que a natureza humana não força determinada solução jurídica. Quer dizer, também a pessoa física é simples criação do direito”⁹

Embora existam duas correntes, a teoria normativista parece mais acertada, pois as regras pertinentes às pessoas jurídicas não traduzem uma realidade preexistente, mas sim, apontam um meio para a solução de conflitos. Segundo Abreu, a personalidade jurídica é uma criação do direito, “um expediente jurídico, um mecanismo técnico ordenado a fins essencialmente práticos e limitado por esses fins”¹⁰.

1.3 Conceito de pessoa jurídica

O conceito de pessoa jurídica é ainda muito discutido entre os autores de direito. Ainda não há um consenso sobre ele, como poderemos ver, mas certamente já podemos traçar suas principais características.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 8.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 8.

¹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso...** p. 102. *apud* BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade...** p. 161.

Começemos pela conceituação de Spencer Vampré, “pessoa jurídica é uma coletividade de homens, constituída para certo fim, com vida e patrimônio próprios, distintos dos indivíduos que a compõem”¹¹.

Esse conceito é suficiente para nos dar uma noção do que é personalidade jurídica, porém poderíamos acrescentar algumas características. Zenildo Bodnar¹² destaca duas características normalmente esquecidas na conceituação. A primeira característica é que a pessoa jurídica pode ser um conjunto de bens e não somente um conjunto de homens. É o caso, por exemplo, da fundação, que é um conjunto de bens que forma uma pessoa jurídica. A outra característica citada pelo autor é a função social da pessoa jurídica. Segundo o autor, a pessoa jurídica não merece reconhecimento se não tiver função social, ela “tem uma importante missão social a cumprir, qual seja, o atendimento de interesses não apenas de seus sócios, mas também de toda a comunidade. O Estado confere personalidade com este fim e não para a facilitação de fraudes e falcatruas.”¹³.

O conceito de Bodnar, assim, seria este “pessoa jurídica é o grupo de pessoas ou conjunto de bens e obrigações, com existência distinta da de seus membros e com a função social de realizar também os interesses da coletividade, especialmente o dever de contribuir com os gastos públicos”.

Essas características supracitadas são importantes, mas qual a mais importante, o que diferencia em direito os entes personalizados e os despersonalizados? Fábio Ulhoa Coelho responde essa pergunta da seguinte maneira, “o que caracteriza o regime das pessoas, no campo do direito privado, é a autorização genérica para a prática dos atos jurídicos”¹⁴. Ou seja, as pessoas jurídicas, bem como as pessoas físicas, estão autorizadas a praticar todos os atos jurídicos que não lhe sejam proibidos. A ordem jurídica diz quais atos não podem ser praticados e todos os outros são permitidos. Já os entes despersonalizados, como por exemplo, a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro etc. não podem

¹¹ VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Comercial, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia., v. 1, item 107 *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 3ª Ed. Reformada – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 229.

¹² BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade...** p. 160.

¹³ BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade...** p. 160.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 10.

praticar atos jurídicos senão os expressamente autorizados. A comunidade jurídica os proíbe de praticar atos, pois essa é a regra.

Feitas essa importante diferenciação entre entes personalizados e despersonalizados, Fábio Ulhoa Coelho faz a mais simples conceituação de pessoa jurídica, qual seja “é o sujeito de direito inanimado personalizado”. Inanimado em contraponto às pessoas naturais – o nascituro e a pessoa física- e personalizado, como já se explicou, em contraste aos entes despersonalizados.

A doutrina mescla conceitos como esse, mais simples, com outros mais sofisticados, como o de Zenildo Bodnar citado acima, porém o mais importante é saber que os entes personalizados possuem essa capacidade ampla de agir, de exercer direitos e de contrair obrigações, o que Pontes de Miranda definia como “idoneidade para ser sujeito de direito”¹⁵

1.4 Efeitos da personalização

Vários são os efeitos decorrentes da constituição e registro da personalidade jurídica. Embora haja algumas variações de autor para autor, o primeiro efeito que cito é uníssono entre a doutrina. As sociedades, a partir da sua constituição, adquirem a titularidade de direitos e obrigações. O que acontece é que quando se estabelece a dissociação entre pessoa física e a pessoa jurídica, não mais poderá a pessoa do sócio ser considerada titular dos direitos e obrigações da sociedade.

Essa titularidade pode ser subdividida em duas: a negocial ou obrigacional e a processual. A negocial diz respeito aos vínculos contratuais ou extracontratuais criados entre a pessoa jurídica e terceiros em virtude de sua atividade fim. É importante ressaltar que não será o sócio ou o administrador que se obrigará, e sim a pessoa jurídica. É claro que ela não tem como estabelecer esses vínculos senão através de uma pessoa humana. Essa pessoa será o administrador, que estará autorizado a praticar atos em nome da sociedade, desde que respeite os limites impostos no ato constitutivo da pessoa jurídica.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999, p.155, t. 1 *apud* BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário...** p. 142

A titularidade processual nada mais é do que a capacidade para estar em juízo, para ser parte. Caso a sociedade precise, ou seja acionada em juízo, ela mesma será a legitimada para propor ou responder a ação. Se os sócios fizerem parte do pólo passivo ou ativo, ao invés da sociedade, eles serão considerados carecedores de ação e esta será extinta sem julgamento de mérito.

Ricardo Negrão explicita uma terceira característica, que está intimamente relacionada com a titularidade negocial e processual. É a individualidade própria. Consiste basicamente, na já comentada dissociação entre a pessoa do sócio e a pessoa jurídica. Segundo ele, significa que “os sócios não se confundem com a pessoa da sociedade, inclusive quanto à qualidade de comerciante. O art. 20 do Código Civil de 1916 já expressava de forma clara esse efeito: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”¹⁶.

O quarto e derradeiro efeito é sem dúvida o mais importante para este trabalho, a responsabilidade patrimonial. A pessoa jurídica em sua constituição será dotada de capital social próprio, que será integralizado pelos sócios e que não mais fará parte de seu patrimônio. A partir da integralização, o capital doado será somente da sociedade. Fábio Ulhoa Coelho explica que “não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens”¹⁷. Além disso, ele explica que estes bens também não correspondem a uma fração ideal da participação societária de cada sócio, são patrimônios distintos.

O patrimônio da sociedade será então o capital que responderá pelas dívidas assumidas pela pessoa jurídica em primeiro lugar, passando a responder os sócios somente subsidiariamente ou em situações excepcionais.

Fica caracterizado, a partir da personalização das sociedades, o princípio da autonomia patrimonial. É por causa deste princípio que se separa o patrimônio dos sócios do patrimônio da sociedade. É por causa dele também que os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. E, finalmente, é também por causa dele que se limitam os riscos dos empreendimentos e conseqüentemente se alavanca a economia.

¹⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 230.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 15.

O princípio da autonomia patrimonial consegue otimizar o potencial econômico, pois garante aos sócios que eles não terão o seu patrimônio pessoal dilapidado pelas dívidas da sociedade. Os sócios se sentem mais seguros, desta forma, para iniciar empreendimentos que apresentam maior risco, porém de maior envergadura, com maior eficiência e maiores lucros, o que é imprescindível para a atividade econômica e positivo para toda a sociedade.

1.5 Classificação das pessoas jurídicas

Neste ponto do trabalho, é importante comentar sobre os tipos de pessoa jurídica, até porque o próximo tópico abordará o início e o término da personalização da pessoa jurídica. Cada pessoa jurídica segue uma regra diferente, porém somente o estudo de um determinado tipo de pessoa jurídica é relevante para o presente trabalho.

As pessoas jurídicas são classificadas basicamente em públicas ou privadas. Dentre as públicas, existem, porém, as internas e as externas. As pessoas jurídicas públicas internas são a União, os Estados membros, os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei como, por exemplo, as fundações públicas e os conselhos profissionais. Já as pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas demais pessoas que forem regidas pelo direito internacional público, como os organismos internacionais (ONU, OEA, União Européia, Mercosul, etc).

Já as pessoas jurídicas de direito privado podem ser públicas ou privadas. Aqui surge uma pergunta. Se as pessoas jurídicas de direito privado podem também ser estatais, por que diferenciar pessoas jurídicas públicas de privadas?

A resposta para essa pergunta é que as pessoas jurídicas de direito público possuem prerrogativas que as de direito privado não possuem. Isso ocorre porque as pessoas de direito público afetam um número maior de pessoas e de interesses, logo tem mais relevância e merecem um regime jurídico diferenciado, mais benéfico. No entanto, muitas vezes o Estado está somente realizando uma atividade privada comum, não havendo, assim, razão para operar num regime diferenciado. Por esse motivo existem as pessoas jurídicas de direito privado estatais, como as empresas

públicas e as sociedades de economia mista. Estas são entidades controladas pelo Estado que, em geral, tem como finalidade uma atividade econômica e, por isso, não precisam de um regime jurídico diferenciado. Na verdade, quando dotadas de finalidade econômica, elas nem poderiam ter um regime diferenciado, pois isso acarretaria numa concorrência desleal do Estado para com o particular. É importante salientar que, embora estejam sob a égide do direito privado, muitas vezes essas entidades incorporam, conforme definido na lei, parte das prerrogativas das pessoas jurídicas públicas.

Chegamos, então, às pessoas jurídicas de direito privado particulares, que são as constituídas em sua maioria por recursos privados e se dividem em sociedades, associações e fundações. Destas três entidades, a única que possui finalidade de lucro é a sociedade. Inclusive esta é a diferença entre a sociedade e a associação. Ambas são definidas pelo mesmo traço: são a reunião de pessoas para concretização de um determinado fim. No entanto, as associações possuem fins filantrópicos, sociais, culturais etc. e, embora possam exercer atividade econômica e auferir lucro, não podem distribuir o resultado. Já as sociedades têm como escopo a atividade econômica, possuem finalidade lucrativa, logo, podem distribuir os resultados. Quanto à fundação, trata-se de um caso diferente. Ela não é formada pela reunião de pessoas, mas sim pela reunião de um patrimônio. A este patrimônio será determinado um fim, que poderá até contemplar uma atividade econômica, mas sem intuito de lucro.

Por fim, temos ainda as sociedades simples, as empresárias, e os diversos tipos de sociedade empresária, entre elas as de responsabilidade limitada e as de responsabilidade ilimitada. Em momento oportuno, serão abordadas as diferentes peculiaridades de cada uma. No momento, é importante saber que as sociedades, especialmente as empresárias, é que realmente importam para este trabalho.

1.6 Início da personalização

Importantíssimo para o presente trabalho é saber quando começam e terminam os efeitos da personalização da pessoa jurídica. É especialmente

importante saber quando inicia a autonomia da pessoa jurídica, pois é somente a partir deste marco temporal que poderá se aplicar a teoria da desconsideração.

A personalidade jurídica de uma pessoa jurídica de direito privado é reconhecida juntamente com a sua existência, a partir da inscrição do seu ato constitutivo – contrato social ou estatuto. Isso ocorre por expressa determinação do Código Civil Brasileiro:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Ainda segundo disposto no Código Civil Brasileiro, as sociedades simples farão a sua inscrição nos Cartórios Cíveis das Pessoas Jurídicas e as sociedades empresárias no Registro Público de Empresas Mercantis nas Juntas Comerciais.

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Por outro lado existem as sociedades não personificadas, quais sejam: as sociedades em comum, de fato ou irregulares e as sociedades em conta de participação. Mas qual a diferença entre as sociedades personificadas e as não personificadas? Voltemos à matéria da personalidade: da personalização da pessoa jurídica se extrai o princípio da autonomia patrimonial, que prevê que os sócios, em regra, não responderão pelas dívidas da sociedade. No caso das sociedades não personificadas, esse benefício não deveria existir e os sócios deveriam responder ilimitada e diretamente pelas obrigações sociais.

Isso não é o que ocorre, por exemplo, com as sociedades em comum, de fato ou irregulares. Os sócios destas, apesar de responderem ilimitadamente, têm o benefício de ordem, ou seja, só serão afetados seus bens particulares depois de esgotados os recursos da sociedade. É o que preceitua o art. 990 do Código Civil

relativo às sociedades em comum, que é o regime pelo qual funcionam as sociedades de fato ou irregulares.^{18 19}

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Dessa incoerência surge a crítica à lei, que confere personalidade às sociedades somente após a sua inscrição em registro, porém desde sempre garante às sociedades em comum o benefício de ordem inerente à personalização. Este é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

Observe-se que, na sociedade registrada regularmente, a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária, mesmo que ilimitada. Isto é, tirante a do sócio que atua como representante da sociedade empresária sem registro, em todas as demais situações, a regra é a da subsidiariedade. Ora, se é subsidiária a responsabilidade dos sócios na expressiva maioria das vezes, então a sociedade empresária deveria ser considerada uma pessoa jurídica ainda que antes de seu registro regular. A disciplina legal do início da personalização das sociedades empresárias é, em outros termos, ilógica, incoerente e destoante em relação ao conceito de pessoa jurídica.²⁰

Além da responsabilidade patrimonial, outra característica importante, já citada, decorrente da personalização é a titularidade negocial e processual. No entanto, as sociedades irregulares, mesmo sem personalidade, possuem capacidade para a vida negocial desde o momento em que houve o encontro de vontades dos sócios, ainda que pela forma verbal. João Eunápio Borges explica:

Apesar de tudo (...), repita-se, a sociedade existe, não apenas de fato, mas *juridicamente*. Como qualquer sociedade regular, sujeita-se

¹⁸ Amador Paes de Almeida é contrário à tese e afirma que o benefício de ordem não é estendido às sociedades irregulares. “Essa preferência de ordem deixa, pois, de valer para as sociedades irregulares ou de fato, isto, é as sociedades não personificadas. Inexistindo preferência de ordem, os credores da sociedade podem acionar diretamente os sócios, fazendo recair a execução sobre bens particulares destes.” ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. 7ª Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

¹⁹ Já Ariana Bruscatto, enfatiza que há sim autonomia patrimonial nas sociedades irregulares. “O novo código introduziu a consideração de constituírem as dívidas e bens sociais das sociedades irregulares – ditas *em comum* – *patrimônio especial*, “do qual os sócios são titulares em comum.” Ora, isso pode levar a crer que não existe autonomia patrimonial na sociedade irregular, porque a lei menciona que os sócios são os titulares e não a sociedade. Ainda assim, na seqüência, diz, textualmente, no artigo 989, que os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, o que restaura a separação patrimonial”. BRUSCATTO, Wilges Ariana. **Empresário...** p. 151.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 18.

ela às vicissitudes da vida mercantil. Pode dar lucros, prosperar, acumular um grande patrimônio. Pode, ao contrário, falir e sua falência se processa do mesmo modo que a das sociedades regulares. Como essas, ela se dissolve e se liquida, não só amigável como judicialmente (...). E, como observava pitorescamente Vivante, a liquidação do patrimônio deixado por um defunto é prova evidente de que ele existiu, sem embargo de faltar-lhe o registro de nascimento.²¹

Deste outro efeito atribuído às sociedades irregulares reforça-se a crítica ao diploma legal que confere personalidade às sociedades. Se a sociedade ainda não tem personalidade, como pode ela ser titular de direitos e obrigações? A verdade é que há “uma certa impropriedade conceitual e lógica nessa sistemática [...] a sociedade empresária sem registro deveria ser considerada já um sujeito de direito personalizado, tendo em vista o conceito de personalização, que é o de atribuição genérica de aptidão para os atos jurídicos”²².

1.7 Término da personalização

A personalidade da sociedade empresária termina após a sua dissolução, que poderá ser judicial ou extrajudicial. A simples paralisação das atividades da empresa ou inatividade não extinguirão a sua existência. “A exemplo do que se verifica com as pessoas naturais que deixam de exercer qualquer atividade profissional (quando, por exemplo, se aposentam), mas não perdem, por óbvio, a capacidade para a prática de atos jurídicos, a pessoa da sociedade permanece, mesmo que os seus empregados tenham sido dispensados, mesmo que não esteja mais praticando nenhuma operação econômica”²³.

Após iniciado o procedimento de liquidação, segue a liquidação que será a fase onde serão apuradas as pendências da entidade, ou seja, serão cobrados os

²¹ BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.2. p.47-48. Comunga do mesmo entendimento MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 88-91, v. 3. *apud* BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário...** p. 150.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 17.

²³ *Ibidem*, pag. 18.

créditos e pagas as dívidas. Por fim ocorrerá a partilha que é a distribuição do patrimônio remanescente entre os seus proprietários, os sócios.

Aqui é importante que se diga que os credores poderão responsabilizar diretamente os sócios quando prejudicados por uma dissolução irregular da sociedade. Não se trata de desconsideração da pessoa jurídica, e sim de ato ilícito praticado pelos sócios. Além disso, poderão os credores responsabilizar a própria sociedade, pois “a sociedade não dissolvida de forma legal não se considera encerrada, não perdeu a sua personalidade jurídica própria”²⁴.

1.8 Elementos formadores da sociedade empresária

A constituição de sociedade empresária, segundo Haroldo Verçosa²⁵, por se tratar de modalidade de negócio jurídico requer, para a sua validade, que: os sócios, pessoas naturais, sejam capazes; o objeto social seja lícito; a forma seja prescrita ou não proibida em lei; e dê-se o consentimento de vontade entre todos os participantes.

Quando a constituição da sociedade não for válida, conseqüentemente, seus efeitos serão nulos ou anuláveis e os sócios não poderão ser beneficiados pelo princípio da autonomia patrimonial, ou seja, terão responsabilidade direta pelas obrigações da sociedade. Há, porém, um caso que é muito controvertido na doutrina, e que merece atenção, pois muitas vezes se suscita a desconsideração da pessoa jurídica nos casos de sociedade marital.

A sociedade marital, composta exclusivamente por marido e mulher, era entendida como fraude ao direito de família, ou então, como exemplo de confusão patrimonial. No entanto, a jurisprudência²⁶, segundo Ricardo Negrão, vinha

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 19.

²⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial v. 2.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 105.

²⁶ BRASIL. Apelação Cível nº 202.868-1. Rel. P. Costa Manso. São Paulo, 7 de outubro de 1993. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2010. Sociedade Comercial – Participação única de marido e mulher – Argüida nulidade – Não cabimento – Inexistência de fraude, de simulação ou qualquer outro vício específico – Inteligência do art. 145, II e V do Código Civil – Impossibilidade, ademais, da aplicação do princípio da disregard of

entendendo unanimemente que a constituição de “sociedade entre marido e mulher, por si só, não caracteriza fraude contra credores, havendo a necessidade de provar, caso a caso, o abuso, a intenção de fraudar credores, a existência de simulação ou de infração a preceito de lei”²⁷.

Com a introdução do Código Civil de 2002, no art. 977 passou-se a proibir a sociedade entre marido e mulher se o regime de bens no casamento for o da comunhão universal ou separação obrigatória. Não obstante as mudanças que ainda poderão surgir²⁸, a questão que se insurge é se há ou não aplicação do princípio da desconsideração.

As sociedades constituídas somente por marido e mulher em regime de comunhão universal de bens ofendem o princípio da autonomia patrimonial, já que o patrimônio permanece indivisível. Esse é o fundamento para a proibição das sociedades unipessoais e, pelo mesmo motivo, proíbe-se a constituição de sociedades entre marido e mulher casados pelo regime de comunhão universal no art. 977 do Código Civil.

Em suma, a constituição de sociedade entre marido e mulher em regime de comunhão universal ofende a forma prescrita em lei e ofende o princípio da autonomia patrimonial, que é essencial no direito brasileiro, tanto que, como dito acima, proíbe-se a sociedade unipessoal. Assim, os sócios que constituírem sociedade em regime de comunhão universal ou separação obrigatória responderão diretamente pelas obrigações sociais e não haverá motivo para a aplicação da teoria

legal entity – Recurso não provido. Embora não inteiramente pacífico o entendimento que afasta a nulidade na constituição de sociedade comercial formada por marido e mulher, melhor entendimento é o que afirma a legitimidade dela, salvo comprovação de fraude, simulação ou infringência a preceito de lei. A quebra da sociedade comercial não indica, por si só, fraude, simulação ou qualquer outro vício.

²⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 3ª Ed. Reformada – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 259.

²⁸ “Alterando fundamentalmente o princípio originariamente adotado, o art. 977 do novo Código Civil, pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002, uma vez aprovado, passará a ter a seguinte redação: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros”, cessando, assim, qualquer obstáculo legal à existência da sociedade entre cônjuges, seja qual for o regime de bens. ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. 7ª Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

“Em emenda apresentada em 17 de outubro de 1984, na fase de tramitação na câmara, o Deputado Gabriel Hermes pretendeu a supressão do texto a partir da expressão “desde que...”, por entender não haver razão para vedar a constituição de sociedade entre cônjuges quando o regime de casamentos seja o da comunhão universal. A matéria por certo, ensejará ampla discussão nos tribunais.” NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 3ª Ed. Reformada – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260.

da desconsideração. Se o regime for outro, a ofensa ao princípio da autonomia patrimonial será menor ou inexistente, e aceitável pelo ordenamento jurídico pátrio, pelo que se pode inferir também do art. 977 do Código Civil. Nessa hipótese, a sociedade é regular e, como a constituição da sociedade, por si só, não caracteriza fraude contra credores, teríamos que analisar o caso concreto para verificar se há fraude e se é caso de desconsideração da pessoa jurídica.

1.9 Limites da personalização

Um dos efeitos da personalização é autonomia do patrimônio da sociedade em relação ao patrimônio dos sócios. No entanto, essa autonomia tem um limite, que é diferente em cada ramo do direito. No direito empresarial, o princípio da autonomia é mais respeitado. Por outro lado, nas obrigações oriundas das relações trabalhistas, tributárias, previdenciárias e consumeristas não se tem prestigiado tanto o princípio da autonomia patrimonial.

Fábio Ulhoa Coelho explica que

[...]observa-se certa tendência do direito no sentido de restringir ao campo das relações especificamente comerciais os efeitos plenos da personalização das sociedades empresárias. Assim, quando os credores são bancos, fornecedores ou, de modo geral, outros empresários, os sócios da sociedade devedora não são normalmente responsabilizados pelas obrigações sociais, tendo plena eficácia o princípio da separação patrimonial da pessoa jurídica e de seus membros. Quando, no entanto, os credores não são empresários, o princípio tem sido paulatinamente desprestigiado.²⁹

O autor explica, ainda, que existem dois motivos principais para esse cenário. O primeiro diz respeito à fraude.

Algumas pessoas se valem desses postulados não exatamente para preservar os ganhos já consolidados em seu patrimônio pessoal (o que seria absolutamente legítimo), mas para se locupletar indevidamente com o descumprimento de obrigações. Para a coibição da fraude na utilização da autonomia patrimonial, a tecnologia comercialista desenvolveu a teoria da desconsideração da

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 20.

personalidade jurídica, que autoriza o afastamento do princípio da autonomia patrimonial, *nos casos em que ele é desvirtuado*.³⁰

O segundo motivo para o desprestígio do princípio da autonomia patrimonial, especialmente nos outros ramos do direito é a sua própria natureza. O princípio da autonomia é considerado um *standard contract* ou um contrato padrão segundo Richard Posner³¹. Isso significa dizer que os comerciantes, para não terem que negociar a sua responsabilidade contrato por contrato, estabelecem um pressuposto padrão que vale para todos os contratos celebrados, qual seja a autonomia patrimonial decorrente da personalização da sociedade. Em suma, podemos dizer que criar uma sociedade significa criar uma cláusula geral que vale para todos os contratos. A cláusula de que o sócio pessoa física não tem responsabilidade sobre as obrigações da sociedade numa eventual infelicidade nos negócios.

Não sendo da vontade do credor pactuar essa cláusula geral, deve ele condicionar seus negócios ao aval ou a fiança dos sócios. Ocorre que essa cláusula geral não pode afastar a responsabilidade dos sócios por obrigações não negociáveis, como, por exemplo, os titulares de indenização por ato ilícito e os credores tributários. Existem obrigações negociáveis e não negociáveis. É, por isso, que quando o credor é um empregado, consumidor ou o Estado cobrando tributos que, mesmo não havendo fraude, tem-se afastado o princípio da autonomia patrimonial.

³⁰ *Ibidem*, pag. 21.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 21.

2 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NAS ESPÉCIES SOCIETÁRIAS

Este capítulo será destinado a um breve estudo das espécies societárias, principalmente, no que diz respeito à responsabilidade patrimonial e, também, serão abordadas outras responsabilidades a que os sócios estão sujeitos.

As responsabilidades dos sócios podem ser divididas em ordinárias e extraordinárias.

A responsabilidade ordinária é a que decorre das espécies societárias e pode ser dividida em ilimitada, limitada e mista.

As sociedades de responsabilidade ilimitada são as entidades em que todos os sócios respondem pelas obrigações sociais com o seu próprio patrimônio de forma ilimitada. Encaixam-se aqui as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comum, também chamadas de sociedades irregulares ou de fato.

Nas sociedades de responsabilidade limitada, como veremos melhor adiante, todos os sócios respondem apenas por um determinado valor já previamente estabelecido no estatuto. A sua responsabilidade, por isso, é limitada. São as sociedades anônimas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Por fim, existem as sociedades mistas, que mesclam sócios cuja responsabilidade é limitada e sócios cuja responsabilidade é ilimitada. Nesta situação, encontramos as sociedades em comandita simples e as sociedades e comandita por ações.

Já a responsabilidade extraordinária é a que não decorre das espécies societárias. Numa tentativa de sistematização feita por Ricardo Negrão³², poderia ser dividida em:

- a) Violação da regras societárias. Quando os sócios violam as regras pertinentes ao tipo societário, mesmo quando não tem a intenção de fraudar credores.

³² NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 256.

- b) Responsabilização por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas.
- c) Fraude no uso da personalidade jurídica e aplicação da teoria da desconsideração.

2.1 Sociedades não personificadas

As sociedades não personificadas são as sociedades que, em decorrência da lei, não possuem personificação. Existem duas espécies de sociedades não personificadas, as sociedades em conta de participação e as sociedades em comum. Uma possui natureza jurídica bem diversa da outra, e quase nada tem em comum, por isso vamos ao estudo de cada uma separadamente.

2.1.1 Sociedade em conta de participação

A sociedade em conta de participação é uma sociedade não personificada, pois suas atividades são exercidas em nome de apenas uma pessoa, que será chamada de sócio ostensivo. Este sócio terá todas as responsabilidades da sociedade, enquanto os outros parceiros, os sócios participantes, apenas participarão dos resultados.

Sem personalidade jurídica, alguns efeitos também não vão existir. Não haverá patrimônio próprio e também não haverá titularidade processual ou negocial, tampouco poderá a sociedade falir, pois, a falência, se houver, será do sócio ostensivo.

Igualmente, dispensará denominação social, sede, enfim, não precisará contrato social. Desta forma, os sócios participantes podem permanecer totalmente anônimos perante terceiros. Em virtude de tudo que foi dito, não serão os sócios participantes responsáveis solidários pelos créditos de terceiros.

É importante também comentar que, embora o Código Civil em seu art. 993 permita a inscrição de seu instrumento em registro, ainda assim, a sociedade em conta de participação permanecerá despersonalizada.

Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

A única hipótese em quem o diploma legal admitirá a responsabilidade dos sócios participantes será quando estes tomarem parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros. É a redação do parágrafo único do art. 993:

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

Pela leitura do dispositivo vemos que o sócio participante tem o direito de fiscalizar a atividade do sócio ostensivo, porém, não poderá tomar parte nas suas relações com terceiros, sob pena de responder solidariamente pelas obrigações em que intervier.

Ao fim a ao cabo, temos que nesse tipo de sociedade os credores não podem cobrar dos sócios participantes, ainda que subsidiariamente, o cumprimento das obrigações contraídas. Será o sócio ostensivo, por expressa determinação do artigo 991 do Código Civil que responderá ilimitadamente por todas as obrigações sociais.

2.1.2 Sociedade em comum

A sociedade em comum nada mais é do que a sociedade de fato ou irregular, que é a sociedade que, segundo o art. 986 do Código Civil, ainda não teve os atos constitutivos inscritos.

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Antigamente, em virtude de interpretação dada ao Código Comercial, fazia-se a distinção em duas sociedades, porém com pouca diferença. A diferença, na verdade, é que na sociedade irregular haveria a intenção de se fazer o registro e ele não foi feito, como, por exemplo, quando existe um contrato entre os sócios com todos os requisitos de sua constituição, porém tal contrato não foi devidamente registrado nos órgãos competentes. Já a sociedade de fato seria a que nunca houvera a pretensão de ser registrada, como, por exemplo, quando a sociedade não detém nenhum tipo de contrato ou documento que estipule os direitos e obrigações dos sócios, nem tampouco dos objetivos sociais da empresa.

Nesse tipo societário todos os sócios responderão solidária e ilimitadamente, garantido o benefício da ordem, o que torna a responsabilidade subsidiária. Tal benefício, como já explicado consiste em esgotar primeiro os bens sociais para depois executar o patrimônio dos sócios. Tal benefício somente não será concedido a quem tenha contratado pela sociedade, conforme mostra o art. 990 do Código Civil:

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Passando ao artigo anterior vamos nos deparar com um enunciado interessante:

Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expreso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

O art. 989 afirma que a sociedade não responderá por obrigações contraídas por sócios sem poderes para tanto. No entanto, essa hipótese só será eficaz caso o terceiro credor saiba ou devesse saber desse pacto limitativo de poderes. Nesta hipótese, somente o sócio que contraiu as obrigações será responsabilizado. Caso o terceiro esteja de boa-fé e não conheça o pacto limitativo, a sociedade, e subsidiariamente os sócios, responderão pelas obrigações. Por fim, se não houver pacto limitativo de poderes, a sociedade sempre responderá por todas as obrigações contraídas por qualquer sócio, assim como todos os sócios, subsidiariamente e ilimitadamente, a exceção daquele que contratou pela sociedade, que responderá também ilimitadamente, mas diretamente junto com a entidade, ou seja, sem fazer jus ao benefício de ordem (subsidiariedade).

2.2 Sociedades personificadas

As sociedades personificadas são as que adquirem personalidade jurídica quando da inscrição dos seus atos constitutivos. Elas podem ser divididas em sociedades empresárias e sociedades não empresárias (sociedades simples em sentido amplo).

As sociedades empresárias são aquelas estruturadas “de forma empresarial, reunindo todos os elementos fundamentais da empresa, consubstanciados na atividade econômica organizada”³³. Já as sociedades não empresárias são as que não possuem essa organização, são as que exercem atividades no campo “intelectual, de natureza artística, literária e científica, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”³⁴.

As sociedades empresárias deverão se organizar, conforme o art. 983 do Código Civil, sob a forma de sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima ou em comandita por ações.

Já as sociedades não empresárias poderão se organizar sob a forma de sociedades simples (em sentido estrito), mas também na forma de sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou limitada. Este é o mandamento do art. 983 do Código Civil, do qual extraímos que as sociedades por ações nunca poderão assumir a forma não empresária.

2.2.1 Sociedade simples

A sociedade simples vem regulada nos artigos 997 a 1038 do Código Civil. Não se trata de uma sociedade empresária, ou seja, não tem intuito capitalista. Na verdade, as sociedades simples têm por objeto a prestação de serviços intelectuais,

³³ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 39.

³⁴ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Art. 966 parágrafo único.

artísticos, científicos, literários. São basicamente serviços profissionais, prestados pessoalmente, ainda que com a ajuda de auxiliares ou colaboradores.

Precisamente quanto à responsabilidade dos sócios, este tipo de sociedade apresenta dispositivos conflitantes. O art. 997 combinado com o seu inciso VIII preceitua que:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
[...] VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.”

Já os art. 1.023 a 1.025 preceituam o seguinte:

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.
Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.
Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

Haroldo Verçosa³⁵ explica que o primeiro dispositivo, o inciso VIII do art. 997 do Código Civil é contraditório e inútil. Essa afirmação decorre do exame dos artigos 1.023 e 1.024 do Código Civil, que dispõe que os sócios sempre responderão às obrigações sociais, subsidiariamente, com seus próprios bens. O autor ainda explica que a única hipótese de se interpretar o artigo de maneira a não contradizer os artigos 1.023 e 1.024 é admitindo uma responsabilidade mais agravada. Nesse caso, o sócio abriria mão do seu benefício de ordem e assumiria juntamente com o patrimônio da sociedade a responsabilidade direta pelas obrigações societárias. Todavia, não parece ser essa a finalidade do artigo, pois como o próprio autor argüiu “isto subverteria por completo a estrutura de todas as sociedades até hoje conhecidas, inclusive esta última, que impõe responsabilidade subsidiária de todos os sócios perante terceiros, independentemente de qualquer previsão contratual”³⁶.

O real significado do dispositivo é realmente uma responsabilidade mais agravada, mas não no sentido de assumir uma responsabilidade direta, mas sim

³⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 309, 310.

³⁶ *Ibidem*, p. 310.

uma responsabilidade solidária³⁷. O sócio na sociedade simples é responsável pela dívida na proporção da sua participação na entidade. Porém, segundo a melhor interpretação da norma em questão, poderiam também os sócios estipular no contrato social que a sua responsabilidade seria solidária por toda a dívida³⁸, mas mantendo o benefício de ordem, o que não subverteria a estrutura das sociedades.

O art. 1.024, conforme vimos, afirma que a responsabilidade é subsidiária. Já o art. 1.023 preceitua que os sócios responderão na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária. Isso significa dizer que cada sócio somente poderá ser cobrado pelas dívidas remanescentes na proporção em que participem do capital social da empresa. Em síntese, a responsabilidade será ilimitada em relação ao valor do capital subscrito, mas limitada à proporção da participação de cada sócio. Exemplificando: se dois sócios formam uma sociedade com 100 unidades cada um, totalizando 200 unidades, e a entidade contrai uma dívida de 1000 unidades, cada sócio poderá ser cobrado por valor acima das 100 unidades que subscreveu, mas não poderá ser cobrado por valor acima de 500 unidades, já que a sua participação na sociedade, em 50%, limita a sua responsabilidade pela dívida, também em 50%. Neste caso, se um dos sócios não dispuser de recursos suficientes para saldar a parte que lhe caiba, o credor não poderá acionar o outro sócio e, conseqüentemente, suportará o prejuízo.

Todavia será facultado aos sócios estabelecer uma responsabilidade solidária entre si. Isso significa dizer que se a sociedade não honrar suas obrigações, cada sócio poderá ser cobrado pela totalidade da dívida, e não somente na proporção em que participem no capital social. Neste caso, se um dos sócios não dispuser de recursos para saldar a parte correspondente a sua quota, o devedor poderá acionar os outros sócios, pois a todos caberá suportar a totalidade da dívida

³⁷ “Pelo enunciado nº 61 (aprovado na Jornada de direito civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), tal responsabilidade deveria ser solidária, para compatibilizar-se com o art. 1.023 do código Civil.” DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª Ed. ver. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 787.

³⁸ Ricardo Negrão explica que as sociedades simples podem ter dois tipos de responsabilização. A regra geral é de que a responsabilidade seja pelo saldo das dívidas da sociedade, na hipótese de os bens sociais não cobrirem as dívidas, na proporção em que participem das perdas sociais. A exceção é a responsabilidade ilimitada e solidária, de forma subsidiária ao patrimônio social, que só ocorrerá quando houver estipulação expressa no contrato social. NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 3ª Ed. Reformada – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 254.

solidária e ilimitadamente com o benefício de ordem pelo art. 1.024 do Código Civil. Em suma, conforme Ricardo Negrão, responsabilidade dos sócios fica assim:

[...] se os bens sociais não cobrirem as dívidas sociais, os sócios respondem pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, conforme já se estudou. É possível, ainda, que o contrato estabeleça a responsabilidade solidária dos sócios, e, assim, a obrigação será ilimitada em relação a seus bens particulares até o pagamento integral dos débitos existentes.³⁹

Haroldo Verçosa⁴⁰ levanta outra questão importante relativa ao artigo 1.023. Caso o contrato social silencie sobre a solidariedade, qual será a solução? Uma simples leitura do dispositivo resolve a questão. O artigo afirma que a responsabilidade será proporcional, salvo cláusula de solidariedade. Se não há cláusula, não há solidariedade. Esta é uma condição que deve vir expressa no contrato social. Além disso, o Verçosa afirma: “tendo em conta que o credor tem a possibilidade de conhecer os termos do contrato social, arquivado no registro próprio, antes de contratar com a sociedade, entendo que deva ser aplicada a regra da proporcionalidade: cada sócio responderá pelas perdas sociais na proporção do seu capital, limitadamente a esse patamar”⁴¹.

Por fim, o art. 1.025 estabelece que o sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão. Isso significa que ingressar em uma sociedade simples é um grande risco, pois o novo sócio poderá se responsabilizar por muito mais dívidas do que pretendia. Muitas vezes os novos ingressantes podem não ficar sabendo de todas as dívidas da sociedade ou mesmo podem ser ludibriados pelos antigos sócios, mas nem por isso deixarão de ser responsáveis pela dívida perante terceiros. Caso conste a cláusula de solidariedade, a situação só tende a piorar, pois nesse caso, o ingressante poderá ser cobrado por toda a dívida remanescente da sociedade.

O regulamento das sociedades simples é especialmente importante no que diz respeito à responsabilidade dos administradores, porque a responsabilidade dos sócios normalmente decorre de atos negociais praticados em nome da sociedade, ou seja, hipótese em que atuam como administradores. Além disso, as normas

³⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 325.

⁴⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 335.

⁴¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 335.

aplicáveis às sociedades simples são aplicáveis subsidiariamente às outras espécies societárias, inclusive às sociedades limitadas⁴² e sociedades anônimas⁴³.

O art. 1.011 *caput* do Código Civil é que traz a definição do que seria uma administração regular: “O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”. Conforme Verçosa, “o descumprimento da imposição acima acarretará responsabilidades para o administrador faltoso, no sentido do pagamento de indenização à sociedade pelos prejuízos decorrentes de sua negligência”⁴⁴. Todavia, tal conceito é muito amplo, e são nos artigos que descrevem condutas negativas que se consegue preencher o conceito de administração proba e regular e realmente indicar responsabilidades ao administrador.

O art. 1.010 §3º⁴⁵ e o art. 1.017 parágrafo único⁴⁶ do Código Civil preveem que os sócios que deliberarem quando estiverem em conflito de interesses com a sociedade estarão sujeitos a sanção e a responsabilização por perdas e danos. São dispositivos que visam a preservar a sociedade em situações em que há conflitos de interesse entre o administrador e a sociedade.

O art. 1.015 trata de excesso de poder e afirma que as sociedades somente podem opor a terceiros o excesso do administrador nas seguintes hipóteses: se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; provando-se que era conhecida do terceiro; ou tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Por fim, o mais importante e abrangente dispositivo acerca da responsabilidade das sociedades é o art. 1.016⁴⁷ do Código Civil. Este artigo prevê

⁴² Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. BRASIL. **Código Civil**.

⁴³ Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código. BRASIL. **Código Civil**.

⁴⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 326.

⁴⁵ Art. 1.010. §3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

⁴⁶ Art. 1.017. Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

⁴⁷ Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

que os sócios responderão solidariamente por culpa no desempenho de suas funções, e é aplicável também às outras espécies societárias, inclusive às sociedades limitadas⁴⁸. Este artigo é muito importante, pois abarca os casos que a lei não conseguiu exemplificar, mas que, não obstante a isso, são oriundos de culpa ou dolo e geram prejuízos a terceiros. Quanto à expressão culpa, é importante ressaltar que está sendo usada no seu sentido amplo. Nesse sentido, Ricardo Fiuza explica:

[...]a expressão culpa é empregada de maneira ampla, tanto no sentido estrito quanto no dolo. Não faria sentido que a responsabilidade decorresse de conduta imprudente, negligente ou imperita, mas não existisse em casos, mais graves, de intenção consciente e deliberada de causar prejuízo.⁴⁹

Além disso, causar prejuízo a terceiro por conduta que excede os limites do fim econômico, conforme art. 187 do Código Civil, é um ato ilícito, um abuso de direito, que gera também responsabilidade. Segundo Maria Helena Diniz, “o uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar”⁵⁰. Por exemplo: “se um proprietário constrói em sua casa uma chaminé falsa com o único objetivo de retirar luz de seu vizinho”⁵¹, ele estará, por meio do exercício normal de um direito (o de construir obras em seu terreno), causando dolosamente dano a outrem.

2.2.2 Sociedade em nome coletivo

A sociedade em nome coletivo, conforme dispõe o art. 1.039 do Código Civil é uma sociedade exclusivamente de pessoas físicas.

⁴⁸ “É obrigatória a aplicação do art. 1.016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas, mesmo aquelas cujo contrato social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas”. Enunciado nº 220 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na II Jornada de Direito Civil. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª Ed. ver. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 802.

⁴⁹ FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 919.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 219.

⁵¹ *Ibidem*, p. 220.

Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

Neste tipo de sociedade a responsabilidade será sempre ilimitada, solidária entre os sócios, e subsidiária em relação ao patrimônio social, ou seja, os sócios responderão sempre depois de esgotados os recursos da sociedade pela totalidade das dívidas. Trata-se do benefício de ordem. Conforme o parágrafo único do artigo supracitado, poderão os sócios limitar a responsabilidade entre si. Isso quer dizer que eles poderão cobrar uns dos outros pelo que cada um pagou a mais da sua fração ideal, porém isso nunca fará efeito contra terceiros. Ao fim, como a responsabilidade dos sócios será sempre ilimitada, nas sociedades em nome coletivo não cabe a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.2.3 Sociedade em comandita simples

As sociedades em comandita simples têm dois tipos de sócios, o comanditário e o comanditado. O art. 1.045 *caput* do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade de cada um:

Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Os comanditados, que serão necessariamente pessoas físicas, serão os únicos autorizados a praticar os atos de gestão da empresa e, por esse motivo, responderão ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais. Já os comanditários, pessoas físicas ou jurídicas, responderão apenas pela sua quota, porém, conforme o art. 1.047, não poderão participar dos atos negociais sob pena de responderem também ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o

comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

Parágrafo único. Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais.

A dúvida que permanece após a leitura do art. 1.045 é se a responsabilidade do sócio comanditário é limitada subsidiária em relação ao patrimônio social, ou seja, proporcional a sua quota - assim como ocorre nos sócios da sociedade simples - ou se a sua responsabilidade é limitada e solidária em relação ao patrimônio social - parecido com o que ocorre nas sociedades limitadas, em que os sócios respondem solidariamente pela integralização das quotas.

Maria Helena Diniz afirma que “os comanditários, por serem prestadores de capitais ou investidores, têm responsabilidade limitada às suas contribuições sociais, de modo que cada um exonerar-se-á, cumprindo a parte do débito até o limite do valor de sua quota”⁵². Também, Ricardo Negrão confirma, em seu quadro dos diversos tipos de responsabilidade do sócio, que os comanditários na comandita simples respondem apenas pela integralização do capital subscrito⁵³.

2.2.4 Sociedade limitada

Na sociedade limitada, por força do art. 1.052⁵⁴ do Código Civil, a responsabilidade de todos os sócios será limitada ao total do capital social da sociedade. Se algum sócio não subscrever a sua parte, todos os outros podem ser chamados a subscrevê-la, porém, uma vez totalmente subscrito o capital social da entidade, ficam os sócios isentos de responsabilidade.

Há exceções, todavia, a limitação de responsabilidade dos sócios. A primeira exceção é legal e deriva do art. 1.080⁵⁵ do Código Civil. O dispositivo legal preceitua

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 824.

⁵³ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 255.

⁵⁴ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

⁵⁵ Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

que os sócios que expressamente aprovarem deliberações infringentes do contrato ou da lei responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais relacionadas à deliberação ilícita. Segundo Maria Helena Diniz, “os sócios dissidentes e ausentes, por força do art. 1.072, § 5º, apenas vincular-se-ão pelas deliberações tomadas de conformidade com a lei e o estatuto da sociedade”⁵⁶.

A segunda exceção deriva do entendimento de que somente os administradores têm o poder praticar atos negociais, contratar direitos e obrigações. Neste caso, se os sócios sem poderes praticarem atos de administração, responderão ilimitadamente. Esse é o entendimento de Haroldo Verçosa:

Quanto à usurpação do uso regular da firma social por sócio não-administrador, não existe no novo Código Civil regra semelhante à do art. 11 do Decreto 3.708/1919. Neste sentido, o art. 1.064 do novo Código Civil ficou incompleto. No entanto, considerando-se que o poder de administração é restrito aos administradores, pode-se entender que se mantém em vigor o sistema anterior, segundo o qual o sócio não-administrador que vier a exercer indevidamente tal função ficará pessoal, solidária e ilimitadamente responsável com a sociedade perante terceiros pelos efeitos danosos dos seus atos. Também lhe será imputada responsabilidade ilimitada diante da sociedade pelos prejuízos que o ato irregular de gestão tiver causado àquela.⁵⁷

Esclarece ainda o autor que a sociedade poderá se eximir de responsabilidade se provar a negligência de terceiro ao não verificar os poderes do sócio perante a Junta Comercial. Importante comentar também que o sócio não estará livre de responsabilidade dos seus atos praticados sem poderes, mesmo que, supervenientemente, estes sejam ratificados pela administração da sociedade⁵⁸.

Quanto ao administrador é importante colocar que para se eximir de responsabilidade em caso de deliberação contrária ao estatuto ou à lei, ele deverá se recusar a cumpri-la. Isso poderá acarretar na sua demissão, mas é a única forma de resguardar-se de uma responsabilização que pode ser extremamente pesada.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 856.

⁵⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 394.

⁵⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 394.

2.2.5 Sociedade anônima

As sociedades anônimas são entidades que permitem uma reunião de muitas pessoas e esforços para a consecução de grandes projetos. Sem este tipo de organização, grandes projetos dificilmente poderiam ser concretizados no âmbito privado, já que poucas pessoas agrupadas não são capazes de reunir os recursos suficientes para projetos de grande envergadura.

Segundo Amador Paes de Almeida:

[...]a sociedade anônima constitui-se, no campo das sociedades comerciais, num extraordinário esforço do jurista na democratização do capital. Dividido este em frações (as ações), fez-se mais acessível, permitindo fossem angariadas as pequenas economias, possibilitando, assim, a movimentação de grandes somas, com a participação efetiva de vasta camada da população.⁵⁹

Além disso, as sociedades anônimas possuem um regramento quanto à responsabilidade, que é muito propício ao investimento, pois restringe bastante os riscos. A responsabilidade dos sócios nas sociedades anônimas, regra geral, é de pagar pelo preço das ações que adquiriu ou subscreveu. É o texto do art. 1º da Lei nº 6.404 de 1976 e do art. 1.088 do Código Civil.

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

Existem, porém, dois tipos básicos de sócios nas sociedades anônimas: o empreendedor e o investidor. Os empreendedores são os sócios que controlam a empresa, são os acionistas controladores. Os investidores podem ser divididos em outros dois subtipos, os rendeiros e os especuladores. Os rendeiros, em geral, querem montar uma carteira sólida em sociedades por ações, por isso se preocupam com as empresas das quais possuem ações, podendo até se aproximar da diretoria da sociedade. Já os especuladores se preocupam com ganhos rápidos e não têm tempo de se aproximar das decisões da empresa, que só repercutem em

⁵⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 55.

ganhos a longo prazo. O importante, todavia, é que estes dois tipos de sócios são investidores, que por sua vez fazem parte da minoria acionária.

É importante esclarecer que o conceito de minoria acionária nem sempre condiz com a minoria do capital ou a minoria dos sócios. Pelo contrário, pelos critérios de formação do controle da empresa, e, nas sociedades abertas, como a maioria dos sócios possuem poucas ações, nem sempre a minoria acionária compõe-se de uma minoria de pessoas ou minoria de capital.

Não é pertinente aprofundar sobre a organização sobre o poder de controle. Basta sabermos que existem sócios que participam das decisões da sociedade e sócios que somente investem nelas, permanecendo omissos relativamente ao rumo da sociedade, pois, assim, poderemos estudar as responsabilidades de cada um.

A princípio, poderíamos pensar que o sócio controlador possuiu uma responsabilidade muito maior do que a do sócio minoritário. A verdade é que ambos possuem igual responsabilidade, qual seja a de pagar pelo preço de suas ações.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “não existe, como regra, no direito brasileiro, hipótese de imputação de responsabilidade do controlador por obrigações da sociedade simplesmente em razão do exercício do poder de controle. Nas vezes em que o responsabiliza, de alguma forma, a lei pressupõe ilícitos, irregularidades ou fraudes (dele ou do administrador por ele escolhido). É o caso, por exemplo, da legislação previdenciária, que prevê a responsabilização solidária do acionista controlador se o inadimplemento da contribuição devida pela companhia ao sistema de seguridade social configurar ato culposo ou doloso”.

O art. 117⁶⁰ da Lei 6.404 dispõe especialmente sobre a responsabilidade do sócio administrador nas sociedades anônimas. Nestes casos e sempre que houver

⁶⁰ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a

irregularidade no exercício de sua função, o controlador é que responderá a terceiros pelos danos causados, e não a sociedade.

O dispositivo dispõe sobre as modalidades de abuso de poder do sócio controlador da sociedade anônima. Em casos de abuso de poder, os sócios controladores responderão por dívida própria, solidária e ilimitadamente diante dos credores. Haroldo Verçosa dispõe que “a responsabilização do controlador deverá dar-se tão-somente por atos de abuso de poder de controle, não havendo base para entendê-lo como garante solidário da sociedade que controla”. É importante frisar que os sócios minoritários, aqueles que não detêm o controle da sociedade, não serão responsabilizados por atos de abuso de poder. Este é o entendimento de Amador Paes de Almeida:

Como já observamos, o comportamento dos sócios que agem com dolo ou culpa, em violação da lei ou do estatuto, não podem ser imputado senão aos próprios administradores, que, em casos tais, são responsáveis pelos prejuízos que venham a causar a terceiros, por força da legislação em vigor, independentemente de se invocar a *disregard doctrine*.⁶¹

Os artigos 153 a 157 da Lei das Sociedades Anônimas trazem também uma série de deveres e responsabilidades aos administradores dessas entidades, como os deveres de lealdade, de diligência e de informar, além de regularem sobre desvio de poder e conflito de interesses.

acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

⁶¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 199.

É o artigo 158, porém, que tem maior importância à finalidade deste trabalho, que neste capítulo é sistematizar as responsabilidades dos sócios para, enfim, descobrir se há ou não hipótese residual para aplicação da teoria da desconsideração. O art. 158 tem correspondência ao art. 1.016 do Código Civil que é aplicado às outras espécies societárias não regidas pela Lei nº 6.404 de 1976. Ambos preveem a responsabilização do administrador e, conseqüentemente, do sócio-administrador que causar danos por atos de gestão culposos ou dolosos. Na lição de Fran Martins:

A culpa e o dolo desvirtuam o ato praticado, dando ao mesmo uma finalidade diversa daquela que o interesse social exigia; o ato, que devia satisfazer a todos, passa a representar vantagem para quem o praticou ou para terceiros, havendo, em conseqüência, prejuízo para a sociedade. Por outro lado, violando a lei ou o estatuto, o administrador estará agindo além dos poderes e atribuições que a lei lhe confere, donde os atos que em tal caso praticar serem de sua responsabilidade pessoal, não da sociedade.⁶²

Ainda, o art. 158 no parágrafo único preceitua que o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Todavia, poderá se eximir de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

2.2.6 Sociedade em comandita por ações

A sociedade em comandita por ações é uma sociedade híbrida, pois mescla características das sociedades em comandita simples e anônima. De acordo com o

⁶² MARTINS, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. Forense, 1979. v. 1 p. 404 *apud* ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 74.

art. 1.090⁶³ do Código Civil e o art. 280⁶⁴ da Lei das Sociedades Anônimas, o capital social desta entidade é dividido em ações e, por esse motivo, somente terá acionistas. Amador Paes de Almeida explica que:

Na realidade, a sociedade em comandita por ações, depois que passou a se constituir do mesmo modo que as sociedades anônimas, ou seja, depois da vigência do Decreto-lei nº 2.627, de 1940, possui apenas acionistas, já que o capital social é inteiramente dividido em ações.⁶⁵

Por outro lado, a sociedade em comandita por ações, assim como a em comandita simples, possui duas espécies de sócios, cada um com um tipo de responsabilidade. O sócio comanditado é o sócio que terá a prerrogativa de administrar a sociedade e, em razão disso, conforme artigos 1.091 *caput*⁶⁶ do Código Civil e 281 *caput*⁶⁷ da Lei das Sociedades Anônimas, responderá ilimitada e solidariamente pelas obrigações, apenas fazendo jus ao benefício de ordem.

Já o sócio comanditário será o que não administra a sociedade e, por este motivo, terá responsabilidade igual às dos acionistas das sociedades anônimas, somente será responsável pelo preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

2.2.7 Sociedade cooperativa

⁶³ Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação.

⁶⁴ Art. 280. A sociedade em comandita por ações terá o capital dividido em ações e reger-se-á pelas normas relativas às companhias ou sociedades anônimas, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo.

⁶⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 53.

⁶⁶ Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

⁶⁷ Art. 281. A sociedade poderá comerciar sob firma ou razão social, da qual só farão parte os nomes dos sócios-diretores ou gerentes. Ficam ilimitada e solidariamente responsáveis, nos termos desta Lei, pelas obrigações sociais, os que, por seus nomes, figurarem na firma ou razão social.

A sociedade cooperativa, de acordo com o art. 1.094 inciso I⁶⁸ do Código Civil, tem como característica a variabilidade ou mesmo a dispensa de capital social. Neste tipo de sociedade, apesar de o capital social ser também garantia aos credores, a maior garantia será oriunda do patrimônio dos sócios cooperados, que poderá ser limitada ou ilimitada.

Na constituição da sociedade, se os sócios optarem por formar uma sociedade com responsabilidade ilimitada, todos responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Caso optem formar uma sociedade com responsabilidade limitada, a responsabilização se dará na proporção em que participem das operações prejudiciais a terceiros, conforme se pode depreender da leitura do parágrafo 1º do art. 1.095⁶⁹ do Código Civil.

2.3 Responsabilidade ordinária

A responsabilidade ordinária foi vista detalhadamente neste capítulo dois, porém é importante termos uma visão coesa para um melhor entendimento. Resumidamente, podemos classificar a responsabilidade ordinária dos sócios perante credores como no seguinte quadro, elaborado por Ricardo Negrão⁷⁰:

- a) ausência completa de responsabilidade perante terceiros, salvo dolo ou fraude de sua parte: hipótese que ocorria na extinta sociedade de capital e indústria, e hoje permanece na sociedade em conta de participação, com referência ao sócio participante;
- b) responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, como é o caso dos sócios acionistas das sociedades anônimas e dos comanditários das sociedades em comandita por ações;

⁶⁸ Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa: I - variabilidade, ou dispensa do capital social.

⁶⁹ Art. 1.095 § 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

⁷⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 253 e 254.

- c) responsabilidade individual limitada à integralização do capital subscrito pelos sócios comanditários, nas sociedades em comandita simples;
- d) responsabilidade pelo total do capital social não integralizado, solidariamente com os demais sócios, nas sociedades limitadas;
- e) responsabilidade pelo saldo das dívidas da sociedade, na hipótese de os bens sociais não cobrirem as dívidas, na proporção em que participem das perdas sociais, atribuída aos sócios das sociedades simples;
- f) responsabilidade ilimitada e solidária entre os sócios, de forma subsidiária ao patrimônio social, atribuída: a todos os sócios na sociedade em nome coletivo, aos sócios de capital, na extinta sociedade de capital e indústria; ao sócio ostensivo, na sociedade em conta de participação, ao sócio comanditado, nas sociedades em comandita simples e nas sociedades em comandita por ações, ao sócio não tratador, na sociedade em comum, e ao sócio da sociedade simples, se assim for estipulado no contrato social;
- g) responsabilidade ilimitada e solidária entre os sócios da sociedade comum, pelas dívidas assumidas em nome da sociedade, não podendo ser invocado o benefício de ordem ou a subsidiariedade ao patrimônio social por aquele que contratou.

2.4 Responsabilidade extraordinária

Como vimos no início deste capítulo, a responsabilidade extraordinária abrange a responsabilidade por violação de regras societárias, a responsabilidade por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas e a responsabilidade por aplicação da teoria da desconsideração.

2.4.1 Responsabilidade por violação de regras societárias

A responsabilidade ordinária dos sócios em algumas sociedades é ilimitada para os sócios que praticam atos jurídicos em nome da empresa e limitada para os sócios omissos dos negócios. Quando essas regras de organização societária são descumpridas, o que acontece é que os sócios descumpridores tem a sua responsabilidade agravada. Se não tinham poderes para contrair obrigações ou usam seu nome indevidamente na firma social, podem acabar se equiparando aos sócios com responsabilidade ilimitada, respondendo solidária e ilimitadamente pelas obrigações.

O art. 993 do Código Civil estabelece que os sócios participantes, nas sociedades em conta de participação, não podem tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responderem solidariamente com este (sócio ostensivo) pelas obrigações em que intervierem.

O art. 1.047 da mesma compilação estabelece que, nas sociedades em comandita simples, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

O art. 1.157 parágrafo único do Código Civil menciona que, nas sociedades em que existirem sócios de responsabilidade ilimitada, ficarão solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas sob a firma social aqueles que, por seus nomes, figurarem na firma da sociedade.

Como as sociedades em comandita simples já foram reguladas quanto ao nome no art. 1.047 e, nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios já possuem responsabilidade ilimitada e solidária, esta regra se aplicará a somente três espécies societárias, a sociedade simples, a sociedade em conta de participação e a sociedade em comandita por ações. Nesse sentido, entende Ricardo Negrão que é uma infração “o uso do nome pessoal do sócio de responsabilidade não solidária na formação do nome da sociedade simples, da sociedade em conta de participação ou

da sociedade em comandita por ações. Essa conclusão se extrai por simples exclusão”⁷¹.

2.4.2 Responsabilidade por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas.

Como já foi visto no capítulo sobre o pressuposto da licitude, muitas vezes, confundem-se atos de ilegalidade com a desconsideração da pessoa jurídica. Quando o sócio, por exemplo, encerra irregularmente as atividades da sociedade, não haverá desconsideração, pois essa situação é tipicamente de responsabilidade dos sócios no nosso ordenamento jurídico.

Carlos Celso Orcesi da Costa escreve que atos ilegais ou atos de violação do contrato social são “aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas para os fins dos princípios de responsabilidade o não pagar pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada, por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa[...] Se a sociedade desvia numerário, e não paga ou se em estado pré-falimentar, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo, e, conseqüentemente, haveria responsabilidade”⁷²

Como foi visto na seção 1.6 relativa ao término da personalidade, a sociedade, primeiro, deve pagar aos credores na fase de liquidação para, somente depois, ir a partilha do restante aos sócios. Pular a fase de liquidação é uma irregularidade punível, pois configura dolo ou, ao menos, culpa grave, que induz à responsabilização direta dos sócios. Por isso, não há que se falar em desconsideração da pessoa jurídica nessa hipótese.

⁷¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 257.

⁷² COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Responsabilidade dos Sócios pelas Dívidas da Sociedade, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXIII (Nova Série), n. 56, out./dez. 1984 *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 263.

2.4.3 Responsabilidade por aplicação da teoria da desconsideração

A teoria da desconsideração pode ser aplicada a fim de responsabilizar os sócios por diversos tipos de obrigação: comerciais, tributárias, trabalhistas, consumeristas etc. O escopo do trabalho é entender a teoria da desconsideração nas obrigações empresariais, logo, o próximo capítulo será dedicado especialmente ao estudo da teoria com ênfase o art. 50 do Código Civil, que tem como alvo as obrigações oriundas das relações empresariais.

No entanto, como se comete muitos equívocos ao se falar da teoria da desconsideração, é importante estudar brevemente como funciona a teoria da desconsideração em cada ramo do direito, a fim de que não se confunda, por exemplo, a formulação da teoria em direito do consumidor, com a formulação do art. 50 do Código Civil. São institutos diferentes, pois funcionam em sistemas diferentes, com lógicas diferentes e que perseguem fins distintos também.

No campo tributário, o contribuinte dos impostos é a sociedade, porém os sócios-administradores terão também responsabilidade pessoal sobre créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, conforme art. 135⁷³ do Código Tributário Nacional. A grande celeuma a respeito da responsabilidade tributária é que, na prática, nas execuções fiscais ajuizadas contra pessoas jurídicas, os sócios quase sempre são responsabilizados pelo simples não pagamento do tributo. A Fazenda Pública argumenta que o não pagamento de um tributo, por si só caracteriza infração à lei e ao contrato social, o que autorizaria a responsabilidade tributária dos sócios das empresas. Certamente, essa tese não tem fundamento, pois quem comete a infração de não pagar os tributos é a sociedade, e não o sócio. O sócio não poderá fazer a sociedade pagar tributos, se, por exemplo, não tiver dinheiro em caixa para fazê-lo. Ademais, se o não pagamento

⁷³ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

do tributo fosse sempre uma infração à lei ou ao contrato social, nunca haveria uma hipótese de exceção, ou seja, o sócio sempre seria responsável pelo débito tributário.

Além disso, os sócios serão responsáveis tributários pelas dívidas fiscais ainda não pagas na eventual fase de liquidação da sociedade, conforme art. 134 inciso VII⁷⁴ do mesmo código. Desta forma, na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, os sócios se tornam responsáveis subsidiários do crédito tributário, ou seja, só haverá responsabilidade tributária dos sócios após restar comprovado que a pessoa jurídica não possui bens suficientes para efetuar o pagamento da dívida. Além disso, somente haverá responsabilização em relação aos atos ou omissões de que forem responsáveis. Por fim, é importante salientar que a lei menciona sociedades de pessoas, e silencia sobre sociedades de capital, logo a responsabilização do art. 134 do Código Tributário não se estende às sociedades anônimas nem às sociedades limitadas. O art. 134, com isso, perde um pouco de sua utilidade, pois nas sociedades de pessoas, os sócios têm responsabilidade ilimitada e já respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais.

No direito do trabalho não existe previsão legal no sentido de desconsiderar a autonomia patrimonial para o pagamento de salários. Pelo contrário, o art. 2º da Consolidação de Leis do Trabalho explica que empregador é a sociedade e não o sócio. No entanto, a jurisprudência trabalhista tem se apoiado na ideia de que o trabalhador é hipossuficiente nas relações de trabalho e, por isso, o sócio deve responder pelas obrigações trabalhistas da sociedade. Nesse sentido, Haroldo Verçosa expõe:

A jurisprudência trabalhista construiu, ao longo de muitos anos, interpretação em sentido contrário, fundada na alegação do caráter alimentar dos salários, em relação aos quais mesmos os sócios não-administradores tornaram-se responsáveis, de forma ilimitada e subsidiária em relação à sociedade.⁷⁵

⁷⁴ Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...] VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

⁷⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 397.

Já no campo consumerista, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor é que regula sobre o princípio da autonomia patrimonial. O dispositivo afirma que a personalidade jurídica da sociedade poderá ser desconsiderada quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Todas essas hipóteses elencadas tendem a responsabilizar apenas o sócio-administrador, pois somente ele pode ser autor de tais condutas. No entanto, o parágrafo 5º do mesmo artigo dispõe que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Logo, o sócio não-administrador poderá, sem dúvida, também ser responsabilizado, a fim de indenizar prejudicados em alguma relação de consumo.

3 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Uma das mais importantes características das sociedades empresárias é a sua autonomia patrimonial. Basicamente, este instituto limita a responsabilidade dos sócios da sociedade a fim de promover a criação de empresas e o desenvolvimento econômico. Porém, pode também este instituto ser usado a fim de lesar credores ou cometer abuso de direito. Pelas mais variadas formas de fraude, os direitos dos credores são indevidamente frustrados em função da separação dos patrimônios da sociedade e do sócio. Para resolver este problema, surgiu a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, que indicou como solução a desconsideração do instituto da autonomia patrimonial em casos específicos de fraude ou abuso de direito.

No direito brasileiro, evidenciaram-se então duas teorias para a doutrina da desconsideração. A teoria maior e a teoria menor. A teoria maior, ao contrário do que se possa pensar, é a teoria menos abrangente, pois define com maior exatidão o instituto, diferenciando, inclusive, os casos de desconsideração dos outros casos em que se afeta o patrimônio do sócio, como por exemplo, a responsabilização por má gestão. O nome “maior” vem justamente do fato de ser uma teoria mais densa e mais elaborada, e não por ter uma maior amplitude de aplicação.

Já a teoria menor tem como escopo a satisfação do credor, e estando demonstrada a insolvência da sociedade, estarão também os seus sócios obrigados pelas dívidas da pessoa jurídica.

3.1 Princípio da autonomia patrimonial

É importante frisar que o instituto da desconsideração não vem de encontro ao instituto da autonomia patrimonial. Na verdade, aquele vem ao encontro deste, a medida que reprime fraudes e abusos cometidos em seu nome, impedindo, assim, a sua descaracterização.

A despeito das fraudes e abusos perpetrados, o princípio da autonomia patrimonial tem uma grande função: limitar ou socializar as perdas na atividade empresarial.

Em terras de empreendedores, limitar as perdas significa estimular a atividade econômica. Muitos empreendedores ficariam desestimulados caso pudessem perder todo o seu patrimônio pessoal ao se lançar em novos negócios, principalmente, negócios arriscados. São diversos os fatores – muitas vezes imprevisíveis - que podem atrapalhar os negócios de uma empresa e, enfim, acabar com um empreendimento. Com o princípio da autonomia patrimonial o que ocorre é que as perdas resultantes do insucesso do negócio ficarão limitadas aos recursos já transferidos pelos sócios às empresas, ou seja, ficarão limitadas ao patrimônio autônomo da empresa. Desta forma os prejuízos que excederem o patrimônio da empresa serão socializados por outras empresas e empresários, estes que muitas vezes também praticam atividades de risco.

E não é somente limitando as perdas que o princípio da autonomia patrimonial estimula a atividade empresarial. No momento em que o sócio se vê amparado pelo mecanismo da autonomia patrimonial, ele se sente seguro para concretizar negócios mais lucrativos, porém menos garantidos. Num cenário em que todo o risco é assumido pelo sócio prevalece a estratégia de reduzir custos e praticar preços altos para diminuir os riscos. Num cenário em que os riscos são socializados, pode-se investir em planos mais arriscados, porém muito mais eficientes.

Fica evidente, então, que para estimular a atividade econômica, é necessário limitar os riscos do negócio, e daí o porquê de se admitir o princípio da autonomia patrimonial. No entanto, não se pode, por outro lado causar um desestímulo de igual tamanho ao se aplicar o princípio da desconsideração levemente. Não se pode questionar, a partir da teoria da desconsideração, o próprio instituto da autonomia patrimonial, pois, conforme explicado, aquele vem para reforçar este. Apenas excepcionalmente, em casos de efetivo abuso da autonomia da empresa, é que se aplicará a teoria da desconsideração.

3.2 Teoria maior da desconsideração

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁷⁶ essa teoria é uma elaboração doutrinária recente, cujo principal sistematizador foi Rolf Serick, em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. Como resultado dessa pesquisa formularam-se quatro princípios.

O primeiro princípio diz que somente caberá a desconsideração se houver abuso de forma da pessoa jurídica. Abuso de forma nesse caso seria qualquer ato cometido por meio da pessoa jurídica a fim de frustrar a lei ou o contrato, ou prejudicar terceiros mediante fraude.

O segundo princípio afirma que não basta a simples insatisfação do direito do credor da sociedade para que se caracterize a desconsideração.

O terceiro princípio diz que se aplicam à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, quando não forem contraditórios os objetivos das pessoas físicas e as funções da pessoa jurídica. Este princípio seria aplicado, por exemplo, para dirimir uma questão sobre a nacionalidade da sociedade empresária.

O último princípio de Serick prevê que cabe desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica que realiza negócios com seus membros sem obedecer à disciplina legal para tanto.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho⁷⁷, na doutrina brasileira, a teoria ingressa no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião. Nela defendeu-se o uso da doutrina da desconsideração mesmo sem previsão legal, a fim de combater abusos e fraudes. Ainda, complementa o autor que:

[...]é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.⁷⁸

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 36.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 37.

3.3 Teoria menor da desconsideração

A teoria menor da desconsideração prevê que se a sociedade não cumprir as suas obrigações, os sócios as devem cumprir. A principal preocupação da teoria maior da desconsideração é que não haja abuso ou fraude ao princípio da autonomia patrimonial. A teoria menor, por sua vez, não se preocupa com isso. Em vez disso, essa teoria se preocupa em satisfazer os créditos dos credores.

Visto que a teoria da desconsideração, historicamente, vem ao encontro do princípio da autonomia patrimonial, para consolidar a sua correta utilização, é questionável a adoção do critério utilizado na teoria menor. Ao adotarmos a simples frustração do credor da sociedade como critério, não estaríamos coibindo fraudes, mas sim suprimindo o princípio da separação patrimonial. Além disso, como veremos na próxima seção, a Teoria Menor não comunga com o texto do art. 50 do Código Civil. Como a teoria deve se adaptar à nova lei que surge e, também, não é nossa intenção suprimirmos o princípio da autonomia patrimonial do nosso ordenamento jurídico, conclui-se que a utilização da teoria menor não é adequada para as relações empresariais. Pode ser, todavia, utilizada em sistemas menores, como, por exemplo, no direito do consumidor, onde a proteção do hipossuficiente é mais importante do que a proteção da autonomia patrimonial.

3.4 Artigo nº 50 do Código Civil

Com o advento do Código Civil de 2002, positivou-se a teoria da desconsideração no âmbito das relações empresariais. O art. 50 do Código Civil propôs novas formulações à teoria da desconsideração. A partir dessas novas formulações, pode-se criar uma nova teoria, pois o artigo não traduziu exatamente nem a teoria maior, nem a menor.

Sem dúvida, há grandes semelhanças entre a teoria maior e o art. 50. Ambos compartilham da ideia de que a desconsideração serve para coibir abusos da personalidade e não simplesmente para satisfazer aos credores.

Por outro lado, a teoria maior tinha como pressuposto a fraude. Já o artigo 50 propõe a desconsideração em caso de abuso da personalidade. O significado de abuso de personalidade pode ser depreendido do próprio dispositivo: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial[...]”.

O artigo descreve que abuso de personalidade é gênero, do qual desvio de finalidade e confusão patrimonial são espécies. Ainda, extrai-se da leitura da nova lei que apenas essas duas espécies é que, pelo menos nas relações empresariais, estão autorizadas a operacionalizar a aplicação da desconsideração da personalidade.

3.5 Desvio de finalidade

O desvio de finalidade enseja pelo menos dois entendimentos, um mais amplo e um mais restrito. A palavra finalidade pode estar se referindo ao fim social de uma sociedade específica ou ao fim social das sociedades em geral.

O fim social ou o objeto social de uma sociedade é o que vem previsto no seu estatuto ou contrato social. Dar à sociedade um destino diferente do previsto no estatuto significa desviá-la de sua finalidade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, julgou caso em que uma sociedade, de acordo com o seu estatuto, tinha por objeto o comércio de equipamentos de escritórios e computação. Os sócios, no entanto, utilizavam a sociedade para a venda de roupas infantis, que não fazia parte do objeto da sociedade. Por esse motivo, utilizou-se a teoria da desconsideração e os sócios foram responsabilizados por causa de desvio de finalidade⁷⁹. Em outras palavras, o primeiro entendimento diz respeito somente ao negócio da sociedade, se ela é um banco, uma loja, uma indústria etc. Este é o entendimento mais restrito.

⁷⁹ BRASIL. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Civ. Nº 597026111. Relator Desembargador Perciano de Castilhos Bertoluci. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: < <http://www3.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2010.

O entendimento mais amplo é no sentido de que o desvio não diz respeito tão-somente ao objeto social previsto no estatuto, mas também a toda e qualquer finalidade que não vá a favor da pessoa jurídica, mas a favor de outrem, sócio ou qualquer beneficiário.

O segundo entendimento parece ser o mais adequado, pois é o que se coaduna melhor com o gênero, de que faz parte, abuso da personalidade. Prevenir o abuso da personalidade não significa tão-somente impedir o desvirtuamento do tipo de negócio da empresa, mas, também, impedir todas as condutas que visem a fraudar a sociedade, ou mesmo a terceiros, já que certamente a finalidade da sociedade não é prejudicar o terceiro. Importante salientar, no entanto, que o terceiro pode, sim, acabar sendo prejudicado, porém desde que não se tenha usado a sociedade com este fim. É o caso, por exemplo, em que a sociedade fracassa no seu negócio e entra em falência, deixando credores no prejuízo. Como já vimos, essa não é uma hipótese de desconsideração, pois a simples insatisfação dos créditos dos credores não é motivo para a aplicação da teoria.

O desvio de finalidade, então, pode ser encarado, em geral, como uma hipótese subjetiva da teoria da desconsideração, pois a intenção do agente deverá ser provada para se caracterizar o abuso da personalidade. No entanto, o desvio de finalidade abrange também o primeiro entendimento, que é objetivo. Demonstrado que a sociedade foi usada para fins diferentes de seu objeto social, estará presumida a fraude. Claro que sobre essa formulação poderá se fazer prova em contrário. Por exemplo, se uma sociedade, que tem como objeto a produção de máquinas, começa a investir em serviços de limpeza, há um claro desvio da sua finalidade social. Porém, se a sociedade provar que esse serviços não eram destinados ao público externo, mas somente à necessidade interna do estabelecimento industrial, ela conseguirá afastar a hipótese de desvio de finalidade.

3.6 Confusão patrimonial

A teoria da desconsideração tem como pressupostos para a sua efetivação o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. A frustração do direito do credor não é o aspecto determinante, e sim a intenção do sócio ou do administrador em frustrar o

legítimo interesse do credor. Acontece que no campo probatório existe uma grande dificuldade em demonstrar essas intenções, logo o acesso ao direito fica muito limitado. Para facilitar a identificação dos pressupostos criou-se, então, a formulação objetiva, que cuida basicamente da confusão patrimonial.

Fábio Konder Comparato⁸⁰ é um dos autores que propõe a formulação objetiva. Segundo esta, se a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos daquela, ou mesmo quando ocorre o inverso, estará caracterizada a confusão patrimonial. Então, se não existe uma clara separação entre os bens do sócio e os bens da empresa, também não haverá autonomia dos bens da empresa.

Dessa forma, estará facilitada a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque é muito mais fácil provar a confusão patrimonial do que a intenção do sócio em frustrar os seus credores. É importante comentar, que existirá somente a presunção de fraude, porém, haverá casos em que se fará prova em contrário e se descartará a hipótese. Em outros casos, ocorrerá o contrário: não existirá qualquer indício de confusão patrimonial, ainda assim, por outros meios se fará a prova da fraude e restará caracterizada a hipótese para a desconsideração.

3.7 Desconsideração Inversa

Na desconsideração inversa, como o nome sugere, ocorre a desconsideração da pessoa jurídica da sociedade, não para responsabilizar o sócio, mas sim para responsabilizar a sociedade por obrigações dos sócios.

Em teoria, segundo Fábio Ulhoa Coelho⁸¹, a desconsideração inversa visa a coibir fundamentalmente o desvio de bens. É importante, porém, na aplicação contemporânea da teoria, que esta hipótese esteja sempre amparada no artigo 50 do Código Civil, sob a modalidade confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, s. d. da 1ª Ed. *apud* COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 43.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 45.

A desconsideração inversa pode ocorrer, por exemplo, quando o sócio assume muitas obrigações e, para não pagá-las, transfere o seu patrimônio para a sociedade. Neste caso, ele não honrará as suas obrigações e continuará desfrutando dos bens e direitos que tinha, na condição de administrador da sociedade. É um caso tanto de desvio de finalidade quanto de confusão patrimonial. Por esse motivo, para coibir este tipo de fraude, a teoria da desconsideração é também aplicada na forma inversa.

3.8 Eficácia episódica da teoria da desconsideração

A teoria da desconsideração tem um aspecto muito importante na sua aplicação que é ineficácia episódica da sociedade empresária - em contraponto a anulação do ato constitutivo da sociedade. A desconsideração da personalidade não se dará de forma a desconstituir, ou melhor, dissolver a sociedade. O que ocorrerá é que para aquele evento específico a constituição da sociedade não produzirá efeitos, ou seja, a sociedade permanecerá válida e eficaz para todos os outros negócios.

Isso é de extrema importância para a diferenciação desta teoria e de outras que visavam o mesmo fim: coibir o abuso do instituto da autonomia patrimonial. Enquanto as outras soluções importavam a dissolução da sociedade e acarretavam no encerramento da atividade empresarial, a solução da desconsideração permite a manutenção dos empreendimentos e, assim, a consequente manutenção dos postos de trabalho, da produção e da geração de impostos e riquezas.

3.9 Pressuposto da licitude

Este é um dos pontos em que se deve ter maior atenção na teoria da desconsideração. Se este não for um dos pontos mais importantes da teoria, é pelo menos onde mais ocorrem desentendimentos entre os teóricos.

O pressuposto da licitude nos diz basicamente o seguinte: a superação da personalidade jurídica só deverá ocorrer quando esta for um obstáculo ao interesses dos prejudicados – dos credores. Se o ato abusivo puder ser desde logo imputado ao sócio ou administrador, não haverá a desconsideração.

O ato, quando é ilícito, é imputado diretamente aos sócios ou administradores. A desconsideração vem para resolver os casos em que os atos cometidos pelos sócios e administradores estão respaldados na lei, porém, carregam por detrás dessa aparente licitude algo que contraria o direito, ou seja, estão contaminados por fraude ou abuso.

Para ilustrar melhor o pressuposto da licitude, os autores comercialistas costumam recorrer ao primeiro caso em que houve a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se do caso Salomon VS. Salomon & Co., que ocorreu em 1897, na Corte de Justiça da Inglaterra.

Nas palavras de Rubens Requião: “O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, visando o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários. O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma

fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu “*agente*” ou “*trust*”, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio”⁸²

No caso Salomon ficou evidenciado que o total controle societário da empresa estava nas mãos de um único agente, Aaron Salomon. Utilizando-se desses poderes, Salomon abusou da personalidade jurídica, tornando-se o principal e preferencial credor da empresa, sem que tenha prestado uma contrapartida equivalente. Ao fim e ao cabo, quando a empresa faliu, os credores ficaram sem receber nada e Salomon ficou com todo o patrimônio da sociedade. Acontece que à época, a lei permitia tal construção, logo, a situação era lícita. Sendo lícita, abriu-se espaço para a teoria da desconsideração, que em primeiro grau foi aceita e responsabilizou Aaron. No entanto, mais adiante, a “Casa dos Lords” reformou a decisão e optou pela segurança jurídica, fazendo prevalecer a separação patrimonial da sociedade e do sócio. A despeito da reforma da decisão, o caso alcançou grande repercussão revelou-se um importante marco para o desenvolvimento da teoria da desconsideração.

3.10 Exemplos de aplicação da teoria da desconsideração

Com a sistematização das responsabilidades vista no capítulo 2, somada à ideia do pressuposto da licitude, fica muito difícil visualizar a aplicação da teoria da desconsideração. Vamos, então, à análise de três exemplos de ausência de patrimônio em que, respectivamente, não há abuso da personalidade, há desvio de finalidade e há confusão patrimonial.

⁸² REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**. Saraiva, 1977. p. 75. *apud* ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução...** p. 189.

3.10.1 Caso de ausência de patrimônio sem abuso de personalidade

Se a sociedade é inscrita com um capital social, e este patrimônio não é integralizado, os sócios cometem uma irregularidade, logo não haverá a aplicação da teoria da desconsideração. Os sócios têm o dever de integralizar o capital social mesmo após a falência da empresa. Se o valor integralizado não for suficiente para saldar os créditos dos credores, a princípio, não haverá desconsideração da personalidade jurídica, e estes é que suportarão os prejuízos. Como já vimos, a simples insatisfação dos créditos dos credores, por si só, não é caracterizadora de fraude.

3.10.2 Caso de ausência de patrimônio onde há desvio de finalidade

Uma segunda hipótese de ausência de patrimônio é quando a sociedade for inscrita com um capital simbólico ou irrisório para os fins da empresa. A existência apenas formal da empresa, para resguardar o patrimônio das pessoas físicas que a compõem, caracteriza abuso da personalidade da sociedade. Tal comportamento demonstra o intuito de fraudar os credores sem, no entanto, revelar objetivamente nenhuma ilicitude. É por isso que a personalidade da empresa deverá ser superada. Esta segunda hipótese é bem exemplificada por Fábio Ulhoa Coelho:

Antonio organiza em seu nome, um completo e moderno estabelecimento para a exploração de atividade industrial. Esse bem integra a propriedade daquela pessoa física, por evidente. Posteriormente, ele constitui uma sociedade limitada com seu irmão, ao qual cabe participação pequena no capital social; mas, em vez de integralizar suas quotas na sociedade com a transferência do estabelecimento, Antonio vende à pessoa jurídica o referido bem. A venda é feita a prazo, até mesmo porque a sociedade não tem recursos para adquirir à vista o estabelecimento industrial. Note-se, contudo, que ao escolher essa específica forma jurídica para a operação (venda), e não a da integralização em bens do capital social, Antonio passa a titularizar a condição de credor da sociedade (da qual é sócio com maior participação). Se tivesse contribuído para a formação da sociedade com a transferência, para esta, do seu estabelecimento, evidentemente ele teria apenas os direitos de sócio, e não os de credor.

Sofisticando um pouco mais a hipótese, imaginemos que o negócio é feito mediante alienação fiduciária em garantia, de modo que a propriedade do estabelecimento não se transfere para o adquirente (a sociedade) senão após a integral satisfação do crédito do alienante (o sócio majoritário). Pois bem, se atividade industrial desenvolvida pela sociedade resultar infrutífera, e esta tiver a falência decretada, o seu sócio majoritário poderá reaver o estabelecimento para si, por meio do pedido de restituição (LF, art. 85): porém, os demais credores (civis e comerciais) terão os respectivos créditos insatisfeitos, na medida em que não há outros bens no patrimônio da sociedade para atendê-los. Como se trata de sociedade limitada, esses credores também não poderão, em princípio, responsabilizar o sócio pela obrigação social. Sofrem, assim, prejuízo, enquanto Antonio, a despeito da falência da sociedade empresária que controla, não perde nada, continuando com a mesma condição patrimonial que possuía antes do início da exploração da indústria. Verifica-se, à margem, que a situação seria muito diferente se o estabelecimento empresarial houvesse transferido à sociedade a título de integralização do capital social, e não por venda a prazo com reserva de domínio. Nesse caso, Antonio não seria credor, mas apenas sócio da pessoa jurídica falida. Assim, os bens do estabelecimento, integrantes do patrimônio social, seriam arrecadados e vendidos no leilão judicial do processo falimentar, e, com o preço alcançado, atendidos os credores (ao menos em parte, como ocorre geralmente nas falências).

Retomando o exemplo, Antonio, além de sócio da sociedade falida, é também credor desta pelo preço da venda do estabelecimento, garantido o seu crédito pela cláusula de reserva de domínio. Em razão dessa forma jurídica escolhida para a operação, ele não sofre nenhum prejuízo com a falência da sociedade, da qual possui a maior parte do capital: pelo contrário, conserva a sua condição patrimonial originária, em detrimento dos credores civis e comerciais da sociedade. Acentue-se que não existe nenhuma ilicitude no exemplo, posto que todos os atos jurídicos praticados são plenamente válidos e eficazes (assim a venda, a constituição da garantia, o crédito de sócio perante a sociedade, a retomada do estabelecimento da falência em virtude da cláusula de domínio reservado etc.). Mas é inegável que, a despeito dessa licitude, os interesses legítimos dos credores foram fraudados. Como a sociedade falida é pessoa jurídica distinta da de seus membros, não cabe pretender a responsabilização destes por dívida daquela. Assim, com o atender ao princípio da autonomia patrimonial perpetrar-se a fraude contra credores.⁸³

Embora, interessante o exemplo, é importante fazer alguns comentários. O autor enfatizou bastante que o sócio não sofre nenhum prejuízo com a falência da sociedade. Todavia, este motivo isoladamente não caracteriza de forma nenhuma a fraude, pois justamente o princípio da autonomia de patrimônio tem o sentido de

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 31-33.

separar os patrimônios de sócio e sociedade, a fim de que aquele não sofra prejuízo com a falência desta. O que caracterizou o abuso da personalidade no exemplo acima citado foi a ausência de patrimônio originário da sociedade que correspondesse a sua finalidade social. Como poderia uma sociedade, no caso, industrial, funcionar sem um patrimônio considerável? Por esse motivo é que ficou caracterizado o abuso, e enfim, superou-se a personalidade da sociedade.

Entretanto, caso a integralização do estabelecimento, citado no exemplo, tivesse sido efetuada e, mesmo assim, faltasse patrimônio para satisfazer os credores, deparar-nos-íamos com um novo problema. Novamente, teríamos de olhar se os bens integralizados originariamente correspondiam ou não ao tamanho dos negócios da sociedade. Se tivessem essa correspondência, estaria caracterizada a boa-fé do agente e não caberia o uso da teoria da desconsideração. Se, pelo contrário, os bens integralizados não tinham correspondência com o tamanho da sociedade e, ao final, não foram suficientes para saldar as dívidas dos credores, caracterizada estaria a má-fé de Antonio e o abuso da personalidade. Difícil é saber, dentro de toda essa subjetividade, quando há e quando não há correspondência de patrimônio.

Em contraponto a tudo que foi dito acima, poderíamos sustentar que a teoria da desconsideração não seria aplicável a nenhum desses casos, pois os sócios têm o direito de montar uma sociedade com o capital social que bem quiserem, e a responsabilidade por assumir obrigações sem a menor correspondência com esse capital é do administrador. Sem dúvida, esta argumentação também está correta. No entanto, se uma empresa tem um capital social muito pequeno, não pode ela desenvolver atividades como se uma megaempresa fosse. É uma atitude negligente, irresponsável, que certamente levará a falência da sociedade. Nesta linha de argumentação, não aplicaríamos a teoria da desconsideração, mas sim responsabilizaríamos diretamente os responsáveis. Em sendo uma sociedade anônima, poderíamos aplicar o disposto no art. 158 inciso I da Lei das S/A o qual dispõe que:

O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder [...] dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo.

Em sendo, uma sociedade limitada, como no exemplo, ou simples, ou mesmo anônima, aplicaríamos o art. 1.016 do Código Civil o qual dispõe que “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

3.10.3 Caso de ausência de patrimônio com confusão patrimonial

Uma terceira hipótese é a posterior ausência de patrimônio. É quando a sociedade tem patrimônio originariamente, ele corresponde ao tamanho dos negócios da entidade, porém, este dinheiro some quando a sociedade é liquidada. Como explica Ricardo Negrão:

Na questão patrimonial, as perdas havidas durante a vida da sociedade devem estar suficientemente demonstradas por uma escrituração regular e precisa que ampare a tese da infelicidade nos negócios. Entretanto, se o desaparecimento de bens do patrimônio não puder ser justificado, e os sócios não indicarem claramente o seu destino, a fraude estará evidenciada. Ficará patente a confusão patrimonial entre as pessoas dos sócios e a pessoa jurídica por eles constituída.⁸⁴

É bastante óbvio que se uma sociedade não possui uma escrituração regular e não sabe explicar o desaparecimento de seus bens, há indícios fortes de fraude. Nesse caso, mais uma vez a aplicação da teoria da desconsideração é típica, pois a confusão patrimonial é justamente a formulação objetiva da teoria.

Não há de se negar, porém, que se houve confusão patrimonial, houve culpa ou dolo dos sócios, principalmente, dos que administram. Além dos artigos 1.016 do Código Civil e 158 da Lei das S/A, muitos outros dispositivos poderiam ser aplicáveis a casos de confusão patrimonial.

O art. 1.020 do Código Civil, por exemplo, afirma que os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico. Deste artigo depreende-se que se a sociedade não possui

⁸⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** p. 229.

mais bens para pagar os credores, a responsabilidade é do administrador. Se, no entanto, as contas foram prestadas irregularmente, responsabilidade será também dos sócios que as aprovaram.

O art. 1.078 sobre as sociedades limitadas dispõe no mesmo sentido que:

A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de [...] tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Já a Lei das S/A contém outros diversos dispositivos aplicáveis ao caso, pois vedam o abuso de poder e o conflito de interesses, além de impor os dever de lealdade, de informação e de diligência. Exemplificativamente, vejamos o art. 154 §2º:

§ 2º É vedado ao administrador:

- a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
- b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;
- c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

CONCLUSÕES

Como vimos na última seção, na doutrina da desconsideração, a aplicação da teoria é residual, ou seja, somente vai ser aplicada quando, por nenhum outro meio, pudermos responsabilizar os sócio. É o que dizem vários autores, como Haroldo Verçosa⁸⁵ e Fábio Ulhoa Coelho⁸⁶.

Nesse sentido, devemos exaurir as hipóteses em que há responsabilidade do sócio, para somente, então, descobrirmos quando aplicar a teoria da desconsideração.

Primeiramente, é importante saber quais as espécies societárias são compatíveis com a teoria da desconsideração de acordo com o pressuposto da licitude.

Nas sociedades irregulares e em nome coletivo a responsabilidade é ilimitada para todos os sócios, logo não haveria aplicação da teoria da desconsideração, pois desde sempre, todos os sócios respondem ilimitadamente.

Nas sociedades em conta de participação e em comandita simples, os sócios não poderão praticar atos negociais nem usar seu nome na firma, pois nessas hipóteses, responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais. Logo, também não caberia a teoria da desconsideração.

Nas sociedades em comandita por ações, vimos que existem sócios comanditados, que respondem ilimitadamente pelas obrigações da entidade, os quais ficariam excluídos da aplicação da teoria da desconsideração. Por outro lado, existem os sócios comanditários, que possuem responsabilidade limitada, e poderiam ser responsabilizados pela doutrina da desconsideração.

Já nas sociedades simples, os sócios podem ter uma responsabilidade uma responsabilidade ilimitada ou proporcional ao saldo das dívidas da entidade. Em ambos os casos, se um dos sócios abusa da personalidade da sociedade e depois

⁸⁵ “Se o ordenamento jurídico prevê remédios jurídicos para determinadas situações de anulação ou nulidade do ato jurídico em razão dos quais devam ser responsabilizados sócios, não podem ser tais soluções gratuitamente substituídas pela desconsideração da personalidade jurídica.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso...** p. 104.

⁸⁶ “A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração.” COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso...** p. 42.

se esconde por detrás do véu da personalidade, pagando, por exemplo, somente o valor até o limite de sua participação nas quotas, poderíamos usar a teoria da desconsideração. Inclusive, tanto os credores que não conseguirem receber quanto os outros sócios que pagarem pelo abuso cometido pelo infrator deveriam poder se beneficiar do instituto.

Nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas, como todos os sócios possuem responsabilidade limitada, poderíamos aplicar também a desconsideração.

Resumidamente, podemos dizer que a teoria da desconsideração, a princípio, somente seria aplicada às sociedades simples, limitadas e anônimas.

Acontece que essas três espécies societárias são reguladas por diversos dispositivos que coíbem a fraude e o abuso de personalidade.

O art. 1.080 do Código Civil, relativo às sociedades limitadas, dispõe que os sócios que expressamente aprovarem deliberações infringentes do contrato ou da lei responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais relacionadas à deliberação ilícita.

Quanto às sociedades anônimas, temos, por exemplo, os artigos 117, 153, 154, 155, 156, 157 e 158 da Lei das S/A, que regulam sobre o dever de diligência, o dever de lealdade, o conflito de interesses, o dever de informação e coíbem uma série de fraudes.

No regulamento referente às sociedades simples, aplicável a todas as espécies societárias, encontramos os artigos 1.013, 1.015 e 1.016, que falam sobre a responsabilidade por excesso dos administradores e por culpa no desempenho de suas funções.

Os art. 1.016 do Código Civil, bem como o art. 158 da Lei das S/A, são especialmente importantes. Ambos responsabilizam por culpa e dolo os sócios administradores que causarem prejuízos à sociedade ou a terceiros. Além disso, se uma determinada conduta está caracterizada como dolosa para a teoria da desconsideração, também estará caracterizada como abuso de direito, ato ilícito que tem como efeito o dever de indenização.

As normas que preveem a responsabilização por dolo e culpa dos sócios bem como todos os outros dispositivos citados acabam englobando as hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração. Por esse motivo, não se pode mais querer aplicar a teoria da desconsideração como solução residual. Os autores que defendem isso acabam sempre falando contradições, pois seus exemplos sempre

admitem a aplicação de outra solução, que não a desconsideração da pessoa jurídica.

Além disso, a teoria da desconsideração foi positivada no art. 50 do Código Civil. Antes do novo código, a teoria tinha um bom motivo para ser aplicada como solução residual, qual seja: é preferível aplicar a lei, do que afastar a lei. Ao aplicar a teoria da desconsideração, que consistia em uma construção doutrinária, estava-se, na verdade, afastando as leis que permitiam as condutas “fraudulentas”. Afastar a lei exige tanta responsabilidade, que, por exemplo, no caso Salomon x Salomon preferiu se reformar a decisão que afastou a lei, para privilegiar a segurança jurídica. Então, é compreensível, que, se possível, a aplicação de outro dispositivo da lei deveria vir sempre antes da aplicação da teoria da desconsideração.

Atualmente, porém, esse motivo não existe mais. A teoria da desconsideração não importará no afastamento da lei, mas sim a sua efetiva aplicação.

Além disso, como não existem hipóteses residuais para a exclusiva aplicação da doutrina da desconsideração, considerar o pressuposto da licitude levaria, em verdade, à superação da teoria, o que não é desejável. Pelo contrário, ao invés do novo código abolir a teoria da desconsideração, ele a positivou, e este é mais um motivo para dispensarmos o pressuposto da licitude.

A teoria da desconsideração deve ser aplicada sempre que for conveniente ao juiz. Ela concorrerá com os outros dispositivos da lei, cabendo ao juiz aplicar um ou outro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. 7ª Ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade tributária do sócio-administrador**. 1ª Ed. (ano 2005), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Civ. Nº 597026111. Relator Desembargador Perciano de Castilhos Bertoluci. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: < <http://www3.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2010.

_____. Apelação Cível nº 202.868-1. Rel. P. Costa Manso. São Paulo, 7 de outubro de 1993. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2010.

_____. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 14/11/2010.

_____. Presidência da República. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 14/11/2010.

_____. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRUSCATO, Wilges Ariana – **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada** – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª Ed. ver. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, Cesar. **Direito civil: curso completo**. 14ª ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 919.

LOPES, Idevan César Rauen. **Empresa & exclusão do sócio: de acordo com o novo Código Civil**. 1ª Ed. (ano 2003), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 3ª Ed. Reformada – São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista: art. 50 do Novo Código Civil e sua aplicação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial v. 1**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial v. 2**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. **A responsabilidade tributária: as obrigações tributárias e responsabilidades: individualizadas, solidárias, subsidiárias individualizadas, subsidiárias solidárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.