

A desconsideração da personalidade jurídica. Reflexões acerca da afirmação histórica da pressuposição de personalidade jurídica como meio para imputação de responsabilidade dos sócios

José Gabriel Boschi

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito dos Negócios
pela Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - Unisinos/RS*

RESUMO

O estudo histórico das formas societárias, no direito comercial, comprova que a limitação de responsabilidade dos sócios por dívida social não era decorrência do reconhecimento externo do ente coletivo (ou da sua personificação, após o período da Idade Média, quando esse conceito surge no direito moderno), mas sim do fato de serem titulares de direito de crédito sobre a sociedade, ante os meios de produção investidos. Por outro lado, a ausência de limitação de responsabilidade no que diz respeito a outros tipos societários decorria do fato de que todos eram gestores dos meios de produção, juntamente com o próprio ente coletivo assumindo daí a responsabilidade plena pelo negócio. O que sucedeu na história, após, foi uma crise de limitação de responsabilidade, pois, ao mesmo tempo em que a doutrina passou a atribuir, equivocadamente, o dogma de que ausência de limitação de responsabilidade dos sócios, nas sociedades em nome coletivo, decorria da ausência de personificação do ente coletivo, a lei e a jurisprudência passaram a utilizar juízo político para, em determinadas matérias, atribuir-se responsabilidade aos sócios de sociedade com responsabilidade limitada (limitada e sociedade anônima).

Palavras-chave: Evolução histórica dos tipos societários. Desconsideração da personalidade jurídica. Imputação de responsabilidade aos sócios. Aquisição da posição de controle social.

ABSTRACT

The historical study of firms forms, in commercial law, proves that the limitation of liability of partners for social debt was not due to the external recognition of the collective entity (or its personification, after the period of the Middle Ages, when this concept appears in modern law), but due to the fact that they are the rightful creditors of the company because they invested in the means of production. On the other hand, the absence of limitation of liability with respect to other corporate types stemmed from the fact that all managers were the means of production, along with the collective entity itself thus assuming full responsibility for the business. What happened in history after was a crisis of limitation of liability, because at the same time that the doctrine began to be allocated, mistakenly, the dogma that no limitation of liability of partners in societies collective name stemmed from the absence of personification of the collective being, the law jurisprudence began to use political judgment, in certain matters, attributed to liability to the members of society with limited liability (limited and corporation).

Keywords: Historical evolution of corporate types. Piercing the corporate veil. Imputation of liability to the members. Acquisition of social control position.

Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo de inúmeros outros institutos jurídicos, sempre foi objeto de debate acadêmico e pretoriano. Desde o seu surgimento, essa teoria sempre passou por reflexões que, não raras vezes, alteraram-lhe o campo de aplicação. Aliás, esse fenômeno já ocorrera, também, com o estudo da limitação de responsabilidade dos sócios, em razão do surgimento frequente, na história, de novas formas societárias.

O dogma consagrado na doutrina e praxis pretoriana sempre foi o de que a limitação (ou ausência de limitação, a depender do tipo societário) sempre esteve vinculada à preexistência (ou não) de personalidade jurídica societária. Haveria, nessa linha, limitação de responsabilidade aos sócios de sociedade personificada, o que não ocorreria, contudo, em favor do sócio de sociedade não personificada. Para a confirmação, ou crítica, a essa conclusão, impõe-se um estudo investigativo e histórico, embora sintético, ante os limites deste artigo, do reconhecimento da sociedade como ente diverso de seus sócios e com eficácia externa perante terceiros, bem como das hipóteses de limitação nos diversos tipos societários existentes.

Atualmente, verifica-se que há nítido aumento da incidência da desconsideração da personalidade jurídica nas decisões judiciais, em razão da influência de outros ramos do direito e da confluência de princípios comuns. Como é notório, a desconsideração da personalidade jurídica tem ocorrência na área tributária, administrativa, trabalhista, consumerista, entre outras, o que, notadamente, não ocorria em épocas passadas. De qualquer sorte, esses fenômenos reproduzem, ao nosso sentir, simples imputação de responsabilidade ao sócio, sem que haja necessária desconsideração de personalidade jurídica, a qual, ademais, como será visto, sequer é pressuposto para dita imputação.

Assim, no presente trabalho, após rápida investigação histórica acerca da limitação de responsabilidade dos sócios, buscar-se-á elencar as hipóteses legais e pretorianas utilizadas para imputar ao sócio responsabilidade por ato da sociedade para, ao final, concluir-se acerca de adequação e congruência entre teoria e prática, bem como se a imputação de responsabilidade pressupunha personalidade jurídica (a ser “desconsiderada”).

No ponto, é fundamental aludir que a produção do presente trabalho assenta-se na obra do professor Walfrido Jorge Warde Júnior, que em sua tese de doutoramento perante a Universidade de São Paulo sustentou, em síntese, que a imputação de responsabilidade aos sócios jamais passou, na história, pelo pressuposto da existência de personalidade jurídica societária, ao contrário do que apregoadado no meio jurídico.

Por fim, não se pode perder de vista que a complexidade do tema e a limitação extensiva do presente artigo não lhe conferem, por conseguinte, completude acadêmica. Este artigo propõe-se ser, na essência, descritivo e informativo, de modo que a crítica deve ser sopesada sob esse viés.

1 Evolução histórica dos tipos societários e da limitação de responsabilidade dos sócios

Antes que se possa proceder à análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é imperativo tecer breves comentários acerca da evolução histórica da limitação de responsabilidade dos sócios, bem como do conceito de pessoa jurídica. Há, inevitavelmente, a necessidade de se firmar e compreender, como pressuposto (ou não) para ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, a evolução histórica da imputação de responsabilidade aos sócios por dívida social, bem como o conceito de personalidade jurídica societária.

A sociedade, entendida sinteticamente como a união de pessoas para a realização de um objetivo comum, tem origens históricas muito remotas, desde quando os homens, por razões impostas pelo meio em que viviam, fundamentalmente para sua sobrevivência, associavam-se entre si.

Para parte dos historiadores, a primeira aparição de uma sociedade com patrimônio destinado à persecução de fins mercantis comuns surge em Roma, através da *societas*. Havia uma comunhão voluntária do patrimônio dos sócios para consecução de fins comuns. Porém, a sociedade não era dotada de qualquer relevância externa, ou seja, não era reconhecida perante terceiros (sequer a comunhão patrimonial). Somente o sócio que realizasse o negócio respondia pelas obrigações daí decorrentes, as quais não eram extensivas aos demais. O sócio dedicado à gestão da sociedade dispunha, por conseguinte, de todo o patrimônio social, como se dono fosse, aproveitando-se direta e pessoalmente dos resultados da atividade. Quanto aos demais sócios, havia limitação de responsabilidade, que obviamente não decorria de personificação da *societas* (que sequer tinha reconhecimento social e, portanto, personalidade), mas sim do fato de assumirem a posição de credores da sociedade ante o capital investido, à semelhança dos demais credores externos. Eram, assim, simples credores, titulares de crédito, quanto aos proveitos auferidos (resultado) pelo sócio que, no exercício da empresa, deu-lhes causa.

Com a queda do Império Romano, inaugurou-se período de flagrante declínio comercial na Europa, sendo as vilas romanas substituídas por comunidades agrícolas autossuficientes, naquilo que posteriormente vieram a se constituir em *feudos*, com predomínio da troca de produtos entre os envolvidos (LIMA LOPES, 2011).

Quanto ao âmbito das formas societárias, os povos bárbaros trouxeram em sua cultura o vínculo associativo familiar, no qual todos respondiam pelos atos negociais praticados. A *fraternae societatis* dos povos germânicos, assim, inaugura um período de eficácia externa da sociedade, com reconhecimento por parte de terceiros. Recebe ela, ademais, influência da *societas* romana de modo a atribuir a todos os sócios solidariedade ativa e passiva pelos atos negociais, bem como ausência de limitação de responsabilidade. Como se vê, ainda que houvesse reconhecimento externo da sociedade, com plena eficácia perante terceiros como ente autônomo, os sócios, por outro lado, passaram a ser responsáveis ilimitadamente pelos atos negociais. Quem dispunha do patrimônio comum, no exercício da empresa, eram, presumidamente, todos os sócios, de modo que se aproveitando diretamente dos resultados deixavam de ser meros titulares de direito de crédito em face do

gestor. Em verdade, é a responsabilidade solidária que permite deduzir o reconhecimento externo desse tipo societário, visto que do contrário remanesceriam, da mesma forma que a *societas* romana, irresponsáveis os sócios não atuantes na gestão do negócio. Logo, natural que fosse ilimitada a responsabilidade, dada a já anterior relação estabelecida em Roma entre o patrimônio social e os proveitos da empresa.

Há, no período da Baixa Idade Média, o ressurgimento do comércio e o aparecimento do direito medieval europeu, bem como de novos tipos societários.

Surgem, nesse contexto, assim, as primeiras companhias medievais, as quais sofreram influência do espírito fraterno das sociedades parentais da Alta Idade Média. Os componentes da sociedade não eram mais apenas do grupo familiar, mas sim se incluíam terceiros. Havia, nessa forma societária, responsabilidade solidária e ilimitada de todos os membros da família e também dos sócios estranhos a ela, em nítida derivação da *fraternae societatis*. Nesse sentido é a lição de Walfrido Jorge Warde Júnior:

Na verdade, a responsabilidade ilimitada dos sócios das companhias medievais decorre do mesmo princípio que determina entre as sociedades parentais, i.e., da natureza real dos direitos de todos os sócios sobre o patrimônio social e os resultados decorrentes do exercício da empresa. O forte liame jurídico, que se aperfeiçoava figurativamente entre os membros da companhia pela partilha do pão, determinava a constituição de patrimônio comum, com o qual todos entretinham uma relação de domínio, que alcançava também os frutos da atividade empresarial. Dessa forma, o exemplo das companhias medievais confirma a regra na determinação da irresponsabilidade dos sócios não dedicados à gestão da *societas* romana, visto que eram meros credores do gestor, sem quaisquer direitos reais sobre os resultados da empresa, equiparando-se, por isso, aos demais credores da sociedade (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 69).

Em linha evolutiva, nas cidades litorâneas da Itália, como decorrência do fomentado comércio marítimo, surge o contrato de *comenda*, que mais tarde ensejará as sociedades em comandita, na qual o sócio capitalista (comanditário) e o comanditado almejavam explorar o resultado de viagens marítimas da época. Em síntese, o dono do navio, comanditado, que muitas vezes era o capitão da embarcação, necessitando financiamento para exercer a sua atividade mercantil, socorria-se ao comanditário, que aportava recursos no negócio. Este, a seu turno, fazia a alocação de recursos de forma sigilosa, seja porque era um nobre sem permissão para práti-

ca do comércio (o comércio, naquela época, era algo não digno aos nobres e políticos, que se limitavam a gerenciar terras e herança), seja porque o empréstimo a juros era algo pecaminoso perante a Igreja Católica (o dinheiro não poderia se valorizar no tempo, já que, como sabido, segundo o dogma canônico, o “Tempo somente a Deus pertence”). Logo, como forma de investimento sigiloso, alocava recursos na empreitada marítima. O comerciante investidor, contudo, tinha interesse nessa forma de negócio desde que fosse limitada a sua responsabilidade, de modo, então, que transferia o seu direito real sobre as entradas de capital ao comanditado e recebia deste, em contraprestação, direito de crédito correspondente ao valor do aporte, acrescido de juros. Tornava-se devida a sua equiparação aos demais credores da sociedade perante terceiros, limitadamente responsável pela perda de seu investimento. Vê-se, assim, que a autonomia privada dos comerciantes permitiu uma alteração na forma de limitação de responsabilidade dos sócios; porquanto diferente das companhias, a sociedade em comandita apresentava, agora, sócios com diferente nível de responsabilidade. E essa limitação, inovadora, tem origem, assim, em síntese, em dois aspectos: limitação pelo risco do negócio da época e limitação como burla à proibição das regras canônicas ao uso do dinheiro no tempo (usura). Os titulares de direitos de crédito sobre os resultados da empresa, os comanditários, e outros eram proprietários dos resultados e do patrimônio dedicado à atividade, pagando estes aqueles juros pelo capital emprestado, caso exitosa a atividade. Sendo o comanditário simples credor da sociedade, seria injustificado que respondesse, para além da não satisfação dos seus direitos de crédito e do perdimento das entradas fundantes de tais direitos, também com o seu patrimônio pessoal (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 81). Mais uma vez, portanto, reforça-se a alegação de que a regra imposta pela *societas* romana orienta a regra de limitação de responsabilidade dos sócios.

A respeito desse momento histórico e da importância do instituto, importa colacionar novamente a lição de Warde Júnior (2007, p. 77):

O comanditário foi, primeiro, fornecedor de capitais, credor do comerciante, para se tornar, depois, seu sócio, sem que se modificasse essencialmente a natureza creditória de seu direito em relação aos resultados da empresa. E mesmo quando já havia sociedade, era sociedade entre o emprestador do capital ou o fornecedor de mercadorias e o terceiro, comerciante, sem existência anterior. Tratava-se, explica Waldemar Ferreira, do que, no direito medieval, chamou-se sociedade anônima, e hoje se qualifica como sociedade em conta de

participação. Não era, ainda, sociedade em comandita. Passou a sê-lo, ensina Ferreira, depois que foi fixada a responsabilidade pessoal de todos os seus componentes para com terceiros, e limitada a dos comanditários ao valor de suas entradas, em razão de sua condição de credor dos resultados da sociedade.

Outra não é a lição de Requião (2003, p. 356):

O processo de limitação de responsabilidade, que hoje domina o campo do direito comercial, formou-se lentamente na Idade Média. É de notar-se que o princípio ou preocupação de ocultação dos sócios parece não ter surgido somente do propósito de restrição e limitação da responsabilidade, mas como decorrência também da prática dos que, impedidos de comerciar, acobertavam-se mediante a organização de sociedade com outrem. Esse ardil, como acentua o Prof. Huvelin, havia sido notado em Roma, onde a nobreza, os senadores e altos magistrados procuravam enriquecer não só em seus cargos e latifúndios, como ainda 'participando indiretamente nas atividades comerciais, seja como membros de sociedades mercantis, seja por meio de propostas responsáveis, comumente libertos'. A sociedade com ocultação de sócio, entretanto, que deu margem ao aperfeiçoamento do qual resultou a comandita simples, tomou incremento e definiu-se na Idade Média, após o século XI. Alguns autores atribuem, na verdade, a formação desses tipos de sociedade ao deliberado propósito de burlar aquelas regras éticas e canônicas, proibitivas do comércio a determinada classe de cidadão.

Vê-se, assim, que o direito comercial foi demonstrando, no decorrer de sua história, que o surgimento dos tipos societários implicava, inexoravelmente, análise acerca dos limites de imputação de responsabilidade aos sócios. O surgimento das companhias por ações, como consequência desse processo, não foi diferente.

Muitos autores atribuem à Companhia das Índias Ocidentais a titularidade de ser a primeira organização societária mais próxima das modernas sociedades por ações. Essa companhia apresentou, como inovação, uma estrutura complexa, com órgãos e deliberações assembleares até então não vistos, tendo os acionistas como irresponsáveis perante terceiros, por serem considerados espécies de credores da empresa. Porém a inovação ocorre no que diz respeito ao sócio administrador, que, por não ser mais considerado proprietário da riqueza social, mas mero mandatário dos demais sócios, passa a ter responsabilidade limitada por atos negociais. Havia, nesse contexto, portanto, sociedade personificada e ausência de limitação de responsabilidade.

de, tanto de sócio quanto de administrador. Conforme lição de Warde Júnior (2007, p. 89):

Os acionistas eram irresponsáveis perante terceiros por serem considerados espécie de credores da empresa. Os administradores, todavia, deixaram de ser ilimitadamente responsáveis quando perderam a condição de patrões e passaram a ser mandatários dos acionistas, devido ao tratamento que lhes foi conferido a partir da Companhia das Índias Ocidentais.¹

A esse respeito importa colacionar também a lição de Assis Neto (2007, p. 108):

A limitação da responsabilidade de todos os sócios, relativamente às obrigações da sociedade, embora esboçada no século XV, com o Banco de São Jorge, veio a consolidar-se em momento ulterior, com o aparecimento das grandes companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, especialmente constituídas para a exploração do comércio marítimo e, mais tarde, para as conquistas da navegação (verdadeiras sociedades de economia mista, formadas pela aglutinação de recursos públicos com os coletados do povo), que deram origem às atuais companhias ou sociedades anônimas.

Nas sociedades por ações, portanto, afirmar-se a ideia de que todos os membros são privados de uma posição dominial sobre o patrimônio. Não há mais distinção entre sócios donos do patrimônio e sócios financiadores. Há apenas uma pluralidade (muitas vezes anônima) de interessados, uma pulverização dos direitos sobre os resultados que torna todos externamente responsáveis apenas no limite das suas entradas. A limitação de responsabilidade dos acionistas decorre, assim como a dos comanditários, da aplicação de um princípio equitativo e pré-jurídico que se funda na natureza meramente creditória dos direitos aos resultados da empresa. Essa que já era, então, a principal causa de limitação de responsabilidade na Idade Média persiste, na modernidade, como seu primeiro fundamento (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 97).

Vê-se, assim, nesse breve histórico, que a evolução societária foi uma constante no direito mercantil, não ficando à margem disso a forma de responsabilização dos sócios e administradores. No início, a sociedade não era reconhecida como ente externo e,

¹ Importante destacar, ainda, a referência histórica feita pelo referido autor ao Banco de São Jorge – Il monte o la società delle compere e de banchi di S. Giorgio –, fundado em 1407 e que assegurou, igualmente, irresponsabilidade aos sócios investidores e administradores perante terceiros.

portanto, não possuía eficácia perante terceiros. Quem contratava assumia, em síntese, a responsabilidade pelo negócio de forma ilimitada, sendo gestor do negócio. Os demais sócios, nessa linha, eram meros credores daquele, na medida em que simplesmente aportavam entradas de capital. Havia, nos primórdios, limitação de responsabilidade, sem que sequer se cogitasse, na época, de personalidade jurídica societária. Posteriormente, a sociedade passa a ser reconhecida por terceiros e os seus sócios passam a responder pelo negócio ilimitadamente. Já não havendo mais confusão entre sociedade e sócio, ao final, chega-se em período histórico no qual assume ela a titularidade dos negócios celebrados, com rigoroso sistema de limitação de responsabilidade e preservação dos sócios.

Dito isso, verifica-se, portanto, que a limitação de responsabilidade dos sócios jamais teve como pressuposto, nos modelos societários do passado, bem como nos modelos atuais, a existência de personalidade jurídica da sociedade de que compunham. Decorria ela, como visto, da natureza creditória dos direitos dos sócios sobre os resultados da empresa. A limitação de responsabilidade teve (e tem) causas outras que não a personificação de formas societárias.

Em prosseguimento, o conceito de pessoa jurídica não serviu, à semelhança da noção de personalidade jurídica, como método de limitação de responsabilidade. Teve ele, em síntese, a despeito das inúmeras teorias que lhe emprestaram conceito e definição, o mérito de: a) atribuir direitos e deveres a entes diversos dos humanos (*Pufendorf*); b) solucionar o problema técnico do negócio celebrado entre sócios e sociedade, para se atribuir àqueles direito de crédito sobre as participações societárias e a esta titularidade da atividade e da entrada de capitais (*Savigny*, que assim criou um sujeito de direitos); e c) justificar a importância de corpos econômicos, distintos dos homens, com capacidade jurídica própria (*Gierke*) (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 102-103; 106-107; 111)².

Aliás, tão desimportante foi o conceito de pessoa jurídica para a definição de limitação de responsabilidade que esta surgiu, no direito inglês, para as *corporations*, no fim do século XVIII, por intermédio da concessão de *charters* pela coroa inglesa, o que determinava a limitação de responsabilidade (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 192).

No direito norte-americano a situação não foi diversa, principalmente após a guerra civil, quando por ordem legislativa os Es-

² Outras teorias são abordadas pelo autor, para o que remetemos a leitura, não sendo possível reproduzi-las ante os limites deste artigo.

tados permitiram a difusão de *charters* e a constituição simplificada de *corporations*, o que se consolidou em meados do século XIX, no caso *Wood vs. Dummer* (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 194). Na época, na qual se vivia o latente período da Revolução Industrial, houve incremento da indústria acompanhado do pedido de limitação de responsabilidade, em oposição às leis trabalhistas e protecionistas já em vigor.

Assim, verifica-se que a limitação de responsabilidade surge, no período de revolução industrial, como resposta à solicitação empresarial, e não como consequência necessária ao conceito de pessoa jurídica personificada. Nas palavras de Warde Júnior (2007, p. 194), “prevalece, portanto – entre importantes autores americanos –, a opinião que confirma nossa ideia de que a responsabilidade limitada não tem causa na personificação”.

E segue o autor:

Decorreram então do entendimento impreciso das causas da limitação de responsabilidade as técnicas que – como recebidas do direito anglo-americano – foram empregadas na eventual supressão. Por se crer que a limitação de responsabilidade decorria da personalidade jurídica, o desejo de imputar responsabilidade aos sócios passou, obrigatoriamente, pela despersonificação (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 202).

Por fim, importa destacar que no sistema jurídico nacional, como cediço, a personalidade jurídica se inicia com o seu registro no órgão competente, na dicção dos arts. 45, 968, 997 e 998 do Código Civil. Contudo, como já dito alhures, tal ato não é fator constitutivo da limitação de responsabilidade dos sócios, embora a dogmática, em sentido clássico, sustente o inverso.

2 Imputação de responsabilidade aos sócios

2.1 Casuística no direito comparado

A doutrina, de forma bastante ampla, atribui ao caso *Salomon vs. Salomon & Co. LTDA* o precedente de desconsideração de personalidade jurídica no direito inglês, em 1987. Com efeito, naquela ocasião, em síntese, a *Salomon Co. LTDA*, constituída pelo comerciante Aaron Salomon e mais seis membros de sua família, cedeu a este, em troca do fundo de comércio, 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída apenas uma ação. Aaron Salomon ainda recebeu 10 mil libras esterlinas pela integralização do aporte efetuado, e após inadimplência da sociedade verificou-se que os

seus bens eram insuficientes para pagamento dos credores, de modo que havia fraude na constituição do fundo do comércio, que ainda era de Aaron Salomon, sendo ele responsabilizado pelo pagamento dos credores. Tal decisão, contudo, foi reformada pela Corte, que entendeu válida a operação societária. Logo, paradoxalmente, o precedente do direito inglês reconhecido como hipótese de desconsideração não foi, ao final, reconhecido na prática pela Casa dos *Lords*.

No direito norte-americano, o poder de controle societário sempre atribuiu aos respectivos sócios responsabilidade quando houvesse apropriação dos meios de produção, prática de atos ilícitos ou confusão patrimonial. O controle, por si só, não implica responsabilidade, mas o uso abusivo representou as primeiras hipóteses de desconsideração no direito norte-americano, no final do século XIX.³

Outra hipótese consagrada no direito comparado, especialmente no direito norte-americano, é a chamada subcapitalização, na qual, em síntese, o capital social constituído é insuficiente para a atividade econômica específica da sociedade.⁴

No direito alemão, as primeiras manifestações acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganharam força em meados do século passado, iniciando-se os estudos pelos precedentes do Supremo Tribunal alemão. Lá, à semelhança do que sucedera nos Estados Unidos, a subcapitalização foi fator de atribuição da responsabilidade aos sócios, com base no princípio da boa-fé (§ 242 *BGB*) – com a particularidade de que na Alemanha os precedentes tinham origem em sociedades unipessoais.

³ A respeito do poder de controle, é importante referir Berle e Means (1984, p. 85), os quais aduziram: “Até aqui falamos em termos familiares sobre a sociedade anônima, seu tamanho, a propriedade de suas ações. Embora tenhamos descrito uma nova forma de organização econômica, nossa descrição foi feita com elementos bem conhecidos. Mas o divórcio entre controle e propriedade não é uma idéia familiar. O controle é um produto característico do sistema de sociedade anônima. Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito fugidio, pois raramente se consegue isolar ou definir o poder com clareza. Como a direção de uma sociedade anônima é exercida por um conselho de diretores, podemos dizer, para simplificar, que o controle está nas mãos do indivíduo ou grupo que tem o poder efetivo de selecionar o conselho de diretores (ou sua maioria), seja mobilizando o direito legal de escolhê-los – “controlando” a maioria de votos de forma direta ou através de algum mecanismo legal –, seja exercendo pressão que influencie sua escolha”.

⁴ *Leading case* Walkovszky vs. Carlton, *in* Warde Júnior (2007, p. 211).

2.2 Apropriação e organização dos meios de produção da sociedade em nome coletivo

Na hipótese de o sócio apropriar-se dos meios de produção da sociedade, a imputação de responsabilidade lhe é imposta pela condição de empresário.

Com efeito, em se tratando de sociedade em nome coletivo, por força do art. 997, III, CC, as entradas de capital injetadas pelos sócios não são transferidas para a formação do capital social, inibindo-os de gerir tal acervo. O que ocorre, de fato, é que sócios e sociedade agem em conjunto para organizar os meios de produção necessários ao exercício da empresa. O tipo societário permite afirmar que a gestão conjunta do patrimônio é dos sócios, de modo que agem, nesse contexto, como se donos fossem. Não há falar-se que, por administrar os fatores de produção, os sócios são responsáveis. O que há, nesse contexto, é que tanto a administração quanto a responsabilidade são decorrências do elemento propriedade, ou seja, da relação dominial que se estabelece entre sócios e os bens dedicados à empresa e os resultados dela decorrentes. Ao organizarem a empresa, como se donos fossem, todos os sócios passam a ser responsáveis pela prática empresarial. Esse mesmo contexto já havia sucedido com as *fraternae societatis* e as primeiras companhias medievais, tal como referido anteriormente.

A respeito disso importa colecionar a elucidativa lição de Warde Júnior (2007, p. 265):

Não se trata de negar que as sociedades em nome coletivo sejam titulares de um capital que, no caso brasileiro, tem, por força da norma do art. 997, III, do Código Civil, constituição obrigatória. Nesse caso, todavia, as entradas de capital (meios essenciais de produção) não são alienadas, para a formação do capital, sem que delas os sócios retenham um poder residual de disposição. Em verdade, os sócios remanescem agindo como donos do patrimônio, pela determinação conjunta de seu uso empresarial. A personificação da sociedade é, dessa forma, determinante apenas para que integre o conjunto de coempresários. Sócio e sociedade organizam – em mão comum – os meios de produção necessários ao exercício da empresa. Apropriam-se conjuntamente dos fatores de produção. Disso decorre a responsabilidade solidária e ilimitada a que se refere o artigo 1.039 do Código Civil.

É importante destacar que a apropriação dos meios de produção na sociedade em nome coletivo tem matriz diversa da apropriação dos meios de produção na limitada ou por ações. Embora em ambos os casos a apropriação dos meios de produção atribua limi-

tação de responsabilidade aos sócios, no primeiro caso aquilo é algo natural ao modelo societário, enquanto no segundo caso há deturpação do modelo societário. Haverá, no caso de limitada e S.A., assunção do controle empresarial da sociedade ao sócio que se apropria dos meios de produção. A responsabilidade, como visto, é imputada pela aquisição e exercício do poder de dispor, como se dono fosse, dos meios de produção. As sociedades de capital não compartilham com os seus sócios os meios de produção, já quando integralizado o capital os sócios renunciam a quaisquer poderes de disposição das entradas e demais meios de produção, cuja organização é direito exclusivo da sociedade. Assim agindo serão irresponsáveis, pois não são empresários, são sócios. Empresária é a sociedade. Quando, contudo, apropriam-se de meios de produção, passam, em razão da conseqüente aquisição do controle empresarial, a agir como sócios de sociedades de pessoas. Serão assim empresários, não mais meros credores da sociedade pelas entradas de capital anteriormente injetadas, o que será determinante para lhes ser imputada a responsabilidade ilimitada.

2.3 Juízo político legal e jurisprudencial para se imputar responsabilidade aos sócios de sociedade de capital

Atualmente, conforme se extrai da sistemática legal empregada pelo legislador nacional, cremos, com apoio em Warde Júnior, que se vive um período de crise de limitação. Primeiro, porque equivocadamente atribui-se à personalidade jurídica o pressuposto da limitação, o que, como dito, não é verdade. Em segundo lugar, o que se vê é um alargamento legal e jurisprudencial acerca das hipóteses de imputação de responsabilidade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard of legal entity*, surge, segundo doutrina comercialista, como forma de, diante de determinada situação jurídica, desconsiderar-se os efeitos da personificação social para se atingir a responsabilidade patrimonial pessoal dos sócios. Ela surge, assim, como instrumento destinado a suprimir o fenômeno da limitação da responsabilidade dos sócios.

Como referiu Requião (2003, p. 378, grifo do autor), “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar *nula* a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos”⁵.

⁵ No Brasil, atribui-se como marco específico do estudo da teoria o artigo de Rubens Requião, publicado ao final da década de 60, que traduziu monografia de Rolf Serick, sob o título “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”.

No Brasil, a regulação da responsabilidade dos sócios por dívidas sociais já remonta ao início do século passado, embora ainda não se estivesse, naquela época, tecnicamente, a se falar em desconsideração de personalidade. Assim, já se previa, no Decreto nº 3.708/19, que regulamentava a constituição das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade dos sócios por dívidas sociais em caso de *excesso de mandato ou atos contrários ao contrato social ou à lei*.⁶

Posteriormente, por intermédio da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/1943), previu-se, no âmbito do Direito do Trabalho, a responsabilização, como empregador, de sociedade que, embora possuísse personalidade jurídica distinta, integrasse o *mesmo grupo econômico da sociedade empregadora*.⁷ Aqui, é importante destacar os precedentes jurisprudenciais em que, independentemente das causas, verificada a inadimplência da sociedade ou insuficiência de patrimônio a satisfazer o crédito trabalhista, há imputação de responsabilidade aos sócios.⁸

De grande relevância, também, foi a edição do Código Tributário Nacional (CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/1966), ao prever a responsabilização pessoal dos sócios por dívidas tributárias quando agissem com *excesso de poder ou infração legal ou contratual/estatutária*.⁹ Neste ponto, cabe referir que, corretamente, entende o STJ que o simples inadimplemento não configura desconsideração da personalidade societária e consequente responsabilização dos sócios.¹⁰

⁶ “Art. 10 Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

⁷ “Art. 2 Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º [...] § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

⁸ TST, Recurso de Revista nº 572516; Recurso Ordinário nº 545348.

⁹ “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 - [...]; II - [...]; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹⁰ Embargos de Divergência no REsp. 260.107/RS.

Entretanto, foi somente em momento posterior a 1988, sob a égide da nova ordem constitucional, sob influência do princípio da função social da propriedade, que se impulsionou a incipiente despatrimonialização do direito civil e, assim, previu-se expressamente a desconsideração da personalidade jurídica, conforme Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), art. 28, § 5º.¹¹

Acompanhando a positivação da teoria, o art. 18 da Lei Antitruste (Lei 8.884/94¹²) fez também menção à teoria da desconsideração, seguindo-se a Lei de Proteção ao Meio Ambiente, art. 4 (Lei 9.605/98¹³).

No ponto, é importante salientar que a lei consumerista e a lei ambiental inauguraram, no direito brasileiro, aquilo que a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho veio a denominar “teoria menor”, segundo a qual a imputação de responsabilidade jurídica aos sócios decorre de simples inadimplemento de obrigação legal da sociedade, não importando a ocorrência de ato fraudulento ou de má-fé por parte dos sócios.¹⁴

Por fim, foi editado o Código Civil de 2003, que no seu art. 50 trouxe novos contornos à imputação de responsabilidade, atribuindo responsabilidade aos sócios e aos administradores da pessoa jurídica.¹⁵

¹¹ “Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

¹² “Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

¹³ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

¹⁴ “Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial” (COELHO, 2004, p. 35).

¹⁵ “Art. 50 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a

Vê-se, assim, que inúmeros diplomas legais inseriam, em seu bojo, sob a rubrica descon sideração de personalidade jurídica, a possibilidade de imputação de responsabilidade aos sócios. A tendência legislativa, ao que parece, é acentuar a imputação de responsabilidade independentemente da ocorrência de fraude ou abuso da atividade empresária, ante um juízo político de distribuição dos prejuízos (custos) do mercado. Como referido, os tribunais têm proferido decisões com fundamentos ético-econômicos de que, em síntese, o crédito do trabalhador ou consumidor, ou então a reparação financeira por dano ambiental, por exemplo, é *mais importante* que a limitação de responsabilidade dos sócios. Ainda, hipóteses como suposta confusão patrimonial são frequentemente utilizadas como critério para imputação de responsabilidade, sem que se proceda, com cautela, a análise jurídica acerca da natureza da sociedade e da existência de patrimônios distintos ou não.

Conclusão

Diante do que foi posto, conclui-se que a limitação de responsabilidade dos sócios é decorrência da posição assumida frente à sociedade, com a transferência dos direitos patrimoniais quando da integralização dos meios de produção, assumindo a posição de credores da sociedade, juntamente com terceiros, e não sendo responsáveis, assim, pelos resultados da atividade.

Em contrapartida, na sociedade em nome coletivo, a ausência de limitação de responsabilidade é decorrência da gestão comum entre os sócios e o próprio ente coletivo. Como visto, nesse caso, o sócio age como se dono fosse e, conseqüentemente, responde pelos atos praticados pela sociedade.

De qualquer sorte, a limitação de responsabilidade não passa, necessariamente, pela personificação da sociedade. A história comprovou tal afirmação, conforme se pode ver, por exemplo, com a *societa romana*. Por outro lado, a ausência de limitação de responsabilidade não pressupõe ausência de personificação, porquanto a sociedade em nome coletivo, por exemplo, possui personificação e, como referido, ilimitação de responsabilidade de seus sócios.

Ademais, conforme se percebe das normas postas no direito nacional, bem como das decisões jurisprudenciais, houve um claro objetivo de admitir como ineficientes economicamente as limitações de responsabilidade, atribuindo-se aos sócios responsabilidade

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

de por fato da sociedade, sem que sequer se cogite prévia despatrimonialização do ente coletivo.

Assim, com o presente artigo, propôs-se, de forma absolutamente enxuta, dados os limites objetivos do trabalho, uma reflexão acerca de postulados consagrados na doutrina, de modo a se questionar a validade da afirmação de que a desconsideração da personalidade jurídica pressupunha personalidade social e somente através dela haveria imputação de responsabilidade aos sócios originalmente irresponsáveis.

Referências

- ASSIS NETO, Alfredo Gonçalves. **Direito de Empresa**. São Paulo: RT, 2007.
- BERLE, Adolf, A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.