

VISÃO FUNCIONAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

FUNCTIONAL VISION OF LEGAL PERSONALITY IN BRAZILIAN CORPORATE LAW

Fernanda Valle Versiani¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceitos: pessoa, capacidade e personalidade jurídica. 2 Personalidade Jurídica das Sociedades. 2.1 Constituição da Personalidade Jurídica. 2.2 Consequências da personificação. 2.3 Distinção entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada. 2.4 Relevância da Personalidade Jurídica. 2.5 Níveis de personalidade jurídica segundo Hansmann, Kraakman e Squire. 3 Desconsideração da Personalidade Jurídica. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar a personalidade jurídica das sociedades sob a perspectiva de sua funcionalidade jurídica e econômica. Para tal, inicialmente serão abordados os conceitos de pessoa, personalidade jurídica e capacidade, seguindo-se então para a análise das repercussões da personalidade jurídica como instituto criador de um novo centro de imputação de direitos, deveres e obrigações. Como será desenvolvido ao longo deste estudo, apesar da personalidade jurídica não ser elemento essencial a todos os tipos societários do ordenamento brasileiro, tampouco de outras jurisdições, ela é demasiadamente importante nas relações jurídicas e econômicas estabelecidas pela sociedade, exatamente pelo fato desta se tornar, através de sua personificação, um ente com autonomia contratual, processual e patrimonial.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Desconsideração. Responsabilidade limitada.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to approach the corporate legal personality from the perspective of their legal and economic functionality. To do this, first we will focus on concepts of person, legal personality and capacity, then followed by the analysis of the impact of legal personality as an institute creator of a new center to the attribution of rights, duties and obligations. As will be developed throughout this study, in spite of the personality does not be essential to all societal types, neither in Brazilian corporate system, nor in other jurisdictions, it is very important in the legal and economic relationships established by society precisely because it becomes, through its personification, an entity with a contractual, procedural and patrimonial autonomy.*

Keywords: *Legal personality. Disregard. Limited liability.*

INTRODUÇÃO

No livro *The Anatomy of corporate law – A comparative and functional approach* (ARMOUR *et al*, 2009) os autores traçam alguns elementos societários que estão presentes em todas as companhias, independentemente da jurisdição que as regulam, sendo eles: (i) administração delegada com a presença de órgão com as características de um Conselho de Administração, (ii) alocação da titularidade do poder de controle com os investidores do capital, (iii) capital social representado por títulos passíveis de transferência, (iv) responsabilidade limitada e (v) personalidade jurídica. O presente artigo propõe a análise somente deste último elemento.

No Direito Brasileiro todas as características desenvolvidas no livro mencionado estão presentes nas sociedades anônimas, sejam elas abertas ou fechadas. No entanto, há outros tipos societários, como a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação, nos quais a personalidade jurídica não constitui elemento essencial para a realização da atividade empresária.

Sendo assim, diante da possibilidade de se criar uma sociedade com características que rompem com a lógica apontada pelos autores, propõe-se a análise da personalidade jurídica sob o seu aspecto funcional.

¹ Conselheira do Grupos de Estudos em Direito Empresarial da FDUFG. Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (UFMG). Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/1614690018866718>

Pretende-se analisar quais as repercussões jurídicas e econômicas que podem ser apontadas diante da personificação, traçando assim os benefícios ou malefícios que decorrem da criação de um novo ente com centro de imputação de responsabilidades diverso daquele dos sócios, diretores e administradores.

1 CONCEITOS: PESSOA, CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes de adentrar no tema proposto, faz-se necessário a conceituação de alguns termos, quais sejam: pessoa, personalidade jurídica e capacidade.

Segundo Clóvis Bevilacqua, pessoa “é o ser a que se atribuem direitos e obrigações”. A personalidade “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”. E, por fim, a capacidade “é a extensão dada aos poderes de ação, contidas na personalidade” (BEVILAQUA, 1956, p. 138 e 139).

Com a evolução do Direito, os atributos da pessoa passaram a ser reconhecidos em sentido universal, sendo que o Código Civil de 2002, em seu art. 1º, afirma categoricamente que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, sendo que, em sentido jurídico, não é pessoa somente o homem.

Segundo Caio Mário (2010, p. 255), a complexidade da vida civil e a necessidade de conjugação de esforços de vários indivíduos para a realização de objetivos comuns ou de interesse social fizeram com que o Direito equiparasse certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais à própria pessoa humana. Surgiram, “então, as pessoas jurídicas²⁻³, que se compõem ora de um conjunto de pessoas, ora de uma destinação patrimonial, com aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações”.

Assim, além da aptidão reconhecida a todo ser humano, o Direito também reconhece a personalidade de entes morais, sejam eles constituídos por agrupamentos de indivíduos que se associam para a consecução de uma finalidade econômica ou social, como as sociedades e as associações, ou formados a partir da destinação de um patrimônio para um fim definido, como as fundações (PEREIRA, 2010, p. 181).

Exatamente porque a ordem jurídica institui personalidade jurídica a estes entes, cabe desenvolver mais profundamente as repercussões que dela derivam.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES

2.1 Constituição da Personalidade Jurídica

Para Caio Mário da Silva Pereira, não basta que alguns indivíduos se reúnam para que ocorra o nascimento da personalidade jurídica. É preciso que, além do fato externo da sua aglomeração para a consecução de um interesse em comum, se

² “A expressão ‘pessoa jurídica’ comporta uma diversidade de nomenclaturas, dependendo do país em que ela é empregada. Na Alemanha utiliza-se, também, a expressão ‘pessoa jurídica’. Já na França, emprega-se ‘pessoa moral’. Em Portugal, a expressão aplicada é ‘pessoa coletiva’. Na Argentina, ‘pessoas de existência ideal’. Diferentes expressões são também empregadas em outras legislações, tais como pessoas místicas, pessoas civis, pessoas fictícias, pessoas abstratas e pessoas intelectuais. No entanto, a doutrina majoritária adota a expressão ‘pessoa jurídica’”. (CAMARGO, 2009, p. 282).

³ “A vida, o mundo fático, faz surgirem as pessoas físicas. Nasce o homem. O nascimento mesmo é o fato jurídico. O direito apenas, atento à vida humana, de que é produto e meio, a protege desde a concepção e reconhece ao nascido a capacidade de direito. Não se passa o mesmo com as pessoas jurídicas. Pessoas jurídicas, quaisquer que sejam, criam-se”. (PONTES DE MIRANDA, 1974, P. 281 *apud* CHAGAS, 2010, p. 8)

estabeleça uma vinculação jurídica capaz de lhe imprimir unidade orgânica (PEREIRA, 2010, p. 181).

Nesta esteira, a constituição da personalidade jurídica das sociedades ocorre quando alguns requisitos estão presentes⁴, sendo eles: (i) a vontade humana criadora⁵, (ii) a finalidade específica⁶, (iii) o substrato representado por um conjunto de bens ou de pessoas, e (iv) a existência de um contrato devidamente registrado no órgão competente.

Em consonância com o último requisito encontram-se o art. 45 do Código Civil de 2002, que dispõe que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro⁷, e o art. 985 do mesmo diploma, que reza que as sociedades adquirem personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

Sem o registro, a empresa e o empresário existem no contrato, a eles circunscrevendo-se os efeitos nas relações recíprocas e nos contratos com terceiros. Por outras palavras, o registro do empresário ou da sociedade faz surgir a regularidade da sociedade, mas não se constitui em condição para levar à sua caracterização. Todavia, sem o registro não adquirem seus atos segurança frente a outras pessoas. Socialmente, o titular da empresa individual e a empresa passam a existir com o registro. Enquanto não levado a efeito o registro, os sócios respondem com seu patrimônio pelas dívidas contraídas. Os negócios ficam na esfera de particulares, pois falta a publicidade que é dada pelo Registro do Comércio. (RIZZARDO, 2009, p. 77)

2.2 Consequências da personificação

A principal decorrência da personalidade jurídica é a criação de uma pessoa distinta dos sócios e dirigentes. A sociedade passa a ser concebida como um centro autônomo de imputação de direitos, obrigações e deveres. Assim, conforme Antônio Menezes de Cordeiro, a personalidade permite exonerar de responsabilidade os agentes visíveis da pessoa jurídica, pelo que, desde que tais agentes observem a Lei e as regras de funcionamento interno, não serão incomodados por seus atos, sendo os danos imputados somente à própria pessoa jurídica (CORDEIRO, 2000, p. 10).

Exatamente por causa dessa dissociação entre a sociedade e seus indivíduos membros ou dirigentes, cita-se também como decorrência da personalidade a

⁴ Existem diversas doutrinas em relação aos requisitos necessários para a constituição da personalidade jurídica. Aqui foi adotado o conceito de Marlon Tomazette (TOMAZETTE, 2011, p. 216).

⁵ “Quando duas ou mais pessoas se congregam e desenvolvem as suas atividades ou reúnem esforços, trabalhando em companhia ou conjugando suas aptidões para o mesmo fim, nem por isso dão nascimento a uma entidade personificada. [...] Para que isso ocorra é mister a conversão das vontades dos participantes do grupo na direção integrativa deste em um organismo. [...] Para que a destinação patrimonial se converta em uma pessoa jurídica é necessária a intercorrência de uma expressão volitiva especificamente dirigida a este fim [...]”. (PEREIRA, 2010, p. 256)

⁶ Para Caio Mário, além da necessidade de uma finalidade específica, é necessário que esta finalidade seja lícita. Nesse sentido: “Se a justificativa existencial da pessoa jurídica é a objetivação de finalidades a que visa o propósito de realizar mais eficientes certos objetivos, a *liceidade* destes é imprescindível à vida do novo ente, pois não se compreende que a ordem jurídica vá franquear a formação de uma entidade, cuja existência é a projeção da vontade humana investida de poder criador pela ordem legal, a atuar e proceder em descompasso com o direito que lhe possibilitou o surgimento.” (PEREIRA, 2010, p. 257).

⁷ Art. 1.150 do Código Civil: “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”.

capacidade processual⁸ e contratual da pessoa jurídica. Pode ser parte em uma demanda ou em um negócio a própria sociedade, cabendo a ela arcar com os benefícios e ônus derivados desta relação. A personalidade, portanto, permite imputar condutas humanas a entes abstratos, sendo que por possuir nome próprio (firma ou denominação, conforme previsão legal) é por ele que a sociedade se vinculará ao mundo jurídico.

Em conformidade com o art. 1.126 do Código Civil, a sociedade é brasileira se for organizada conforme as leis do país e se mantém sua sede no Brasil. Dessa forma, para configurar uma sociedade como nacional ou estrangeira, de nada vale a qualificação de seus sócios ou dirigentes. Da mesma forma, o domicílio da sociedade também é autônomo e definido conforme contrato social, sendo sua fixação relevante para a esfera tributária e para a definição do foro competente para julgar as ações propostas contra ela (TOMAZETTE, 2011, p. 224).

Por fim, e de extrema relevância, afirma-se que a personalidade jurídica atribuí à sociedade a autonomia patrimonial, isto é, institui um patrimônio próprio que deverá responder por todos os seus direitos e obrigações, não sendo possível a compensação entre créditos e débitos dos sócios, dirigentes e sociedade.

2.3 Distinção entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada

Para melhor compreender a autonomia patrimonial mencionada no tópico anterior, faz-se necessário destacar que a personalidade jurídica e a responsabilidade limitada são conceitos que se relacionam, mas não são necessariamente coincidentes.

Para José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra a principal função da personalidade jurídica é a segregação dos patrimônios da sociedade e de seus sócios, sendo exatamente essa distinção o elemento indicador da existência de um centro autônomo de interesses (LYRA, 1979, p. 262 *apud* SALOMÃO FILHO, 2006, p. 227). Sendo assim, “mesmo admitindo a não-coincidência entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada, [o autor] identifica na limitação de responsabilidade a função básica da pessoa jurídica” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 228).

De fato, a personalidade jurídica e a responsabilidade limitada são formas de blindagem patrimonial que possibilitam a identificação de centros diversos de imputação de direitos, deveres e obrigações. No entanto, personalidade jurídica é o oposto da responsabilidade limitada. Enquanto a primeira visa proteger os ativos da sociedade contra os credores dos sócios ou dirigentes, a segunda objetiva proteger os bens dos sócios contra os credores da sociedade⁹⁻¹⁰.

Em conjunto, a personalidade jurídica e a responsabilidade limitada, formam um regime diferenciado de separação patrimonial que apresenta duas dimensões:

[...] uma dimensão positiva, que permite a companhia isolar e proteger seus próprios ativos contra as pretensões dos credores dos respectivos acionistas

⁸ A capacidade processual não é exclusiva de entes personalizados, já que existem entes desprovidos de personalidade que podem ser parte em uma demanda judicial, tal como o espólio e a massa falida.

⁹ No original: “*In a sense, entity shielding is the reverse of limited liability: while limited liability shields the assets of a firm’s owners from the claims of the firm’s creditors, entity shielding protects the assets of the firm from the claims of the owners’ personal creditors. Entity shielding and limited liability are forms of asset partitioning, in that they allocate claims to the assets of a firm and claims to the personal assets of the firm’s owners to different groups of creditors*”. (HANSMANN *et al*, 2005, p. 5).

¹⁰ Importante destacar que a sociedade responde com a totalidade de seu patrimônio pelas dívidas contraídas em seu nome. A “limitação da responsabilidade” refere-se exclusivamente aos sócios e não a sociedade.

(*positive asset partitioning*), e também uma dimensão negativa, que faculta aos acionistas isolar e proteger seus ativos particulares dos credores da companhia (*negative asset partitioning*) (HADDAD, 2005, p. 163).

No Direito Brasileiro a distinção entre os conceitos de personalidade jurídica e responsabilidade limitada pode ser percebida na avaliação dos regimes jurídicos adotados por cada tipo societário.

Com relação à personalidade jurídica, as sociedades podem ser classificadas em: (i) personificadas (sociedades simples, limitadas, comandita simples, comandita por ações, cooperativas e anônimas) e (ii) despersonificadas (sociedades em conta de participação e sociedades em comum).

Já em relação à responsabilidade, as sociedades se dividem em: (i) responsabilidade ilimitada (sociedades em nome coletivo, em comum e simples) (ii) responsabilidade mista (sociedades em comandita simples, comandita por ações e em conta de participação) e (iii) responsabilidade limitada (sociedades limitadas e anônimas).

Claramente, então, percebe-se a possibilidade de uma sociedade ter personalidade jurídica, mas não ter responsabilidade limitada (e vice-versa).

2.4 Relevância da Personalidade Jurídica

“A empresa interessa ao mundo jurídico, impactando-o independentemente de seus titulares; há situações em que a mera existência da atividade gera a composição de suportes fáticos e produz consequências jurídicas” (FORGIONI, 2012, p. 104). Tanto é verdade a afirmação de Paula Forgioni que o ordenamento jurídico, não raras vezes, atribui a responsabilidade à empresa e não somente a figura de seus sócios ou dirigentes, como se nota pelos exemplos abaixo:

Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste):

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Código Civil de 2002:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Certamente é possível enumerar diversos casos de outros diplomas legais nos quais a imputação de responsabilidade ou obrigação de fazer, ou deixar de fazer, é atribuída à empresa. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, possui diversos dispositivos neste sentido.

Importa ressaltar, no entanto, que a visão da pessoa jurídica como centro autônomo não é a única que decorre da constituição da personalidade jurídica.

Com segurança, pode-se afirmar que o exemplo mais importante dessas diferentes visões vem das ciências econômicas. Em 1937, Ronald Coase, em seu famoso artigo intitulado “The Nature of the Firm”, não viu a pessoa

jurídica (firma) como um centro de imputação de direitos e deveres, como um jurista o faria: ele concluiu que os mercados possuem falhas de funcionamento por conta dos custos de transação existentes para que a trocas econômicas ocorram. Para ele, as pessoas constituem pessoas jurídicas (firmas) exatamente para reduzir tais custos de transação. A “firma”, para Coase, seria um “nexo de contratos” (CAMARGO, 2009, p. 295).

Nesse sentido, verifica-se que a personalidade jurídica possibilita uma série de benefícios econômicos, quais sejam:

- (i) Redução dos custos de monitoramento dos credores;
- (ii) Redução dos custos administrativos diante da falência;
- (iii) Possibilidade de dar continuidade à atividade empresária, mesmo sem a presença de algum sócio ou dirigente;
- (iv) Facilidade no acúmulo de capital, viabilizando a diversificação de investimentos; e
- (v) Possibilidade das ações serem negociadas.

Não resta dúvida que a criação da personalidade jurídica, e por consequência de um novo ente autônomo de responsabilidades, representa um grande avanço e facilita demasiadamente as relações jurídicas e econômicas. Nesta esteira, colaciona-se lição de António Menezes Cordeiro:

Nas modernas sociedades de complexidade crescente, torna-se problemática – ou, por vezes, mesmo impossível- isolar as regras de comando que individualmente caibam a cada um. Por exemplo: cada dívida dum banco deveria ser repartida pelos seus milhares de accionistas enquanto cada um deles teria de cobrar a ínfima fracção do que lhe coubesse de cada crédito. Como solução, apurada ao longo de séculos, isola-se a personalidade colectiva, isto é: a possibilidade de consignar centros de imputação de normas jurídicas que não coincidam com seres humanos ou “pessoas singulares” (CORDEIRO, 2000, p. 9).

De fato, é difícil imaginar as relações entre pessoas físicas e sociedade, ou entre sociedades, sem a presença da personalidade jurídica, no entanto a sua existência complica algumas áreas do raciocínio jurídico.

Importa ressaltar que, conforme mencionado em tópico anterior, as relações contratuais são estabelecidas em nome da própria sociedade. Assim, o Direito Societário não costuma estabelecer os vínculos pessoais entre os acionistas ou entre estes e os dirigentes da sociedade.

No entanto, o que confere personalidade jurídica à empresa, por vezes, leva as pessoas a tratar a empresa como se fosse uma pessoa jurídica natural ao invés de artificial, e a atribuir a ela “interesses” que não pode ter. Assim, embora seja quase impossível de evitar falar em “interesse da empresa”, é preciso lembrar que este é realmente um atalho para um ou mais grupos de pessoas individuais que têm relações jurídicas com a empresa e que, certamente, podem ter interesses (CASTRO; WARDE JR, 2013, p. 747).

Ora, se o vínculo se dá pela sociedade é necessário compreender como se dá a construção da vontade social e como ela a externaliza.

A influência dos sócios sobre a sociedade é manifestada através do exercício do direito de voto, sendo que, embora o voto seja direito dos sócios, a deliberação é da sociedade¹¹.

A influência dos sócios sobre a sociedade, manifesta por meio do exercício do direito de voto, em nada altera esse estado de coisa. As deliberações decorrem de um processo, cujo voto é apenas um dos elementos. O voto é direito do sócio, mas a deliberação é da sociedade. Toda a atividade empresarial que decorre das deliberações é atividade praticada pela sociedade. (CASTRO; WARDE JR, 2013, p. 747)

As vantagens políticas materializadas pelo voto nas deliberações assembleares tem a precípua função de potencializar a satisfação do direito de crédito sobre lucros eventualmente adquiridos pelos sócios em contraprestação às entradas de capital realizadas por eles. Assim, prestam-se apenas a tentar influenciar a vontade social na adoção de estratégias e ações capazes de maximizar o lucro, já que o exercício do direito de voto é limitado pelo objeto social e pela própria lei, que veda a manifestação do voto de modo contrário aos interesses da sociedade e da ordem jurídica estabelecida (CIAMPOLINI NETO; WARDE JR., 2010, p. 254). Nesta esteira:

O objetivo da sociedade é invariavelmente uma empresa que, em essência, projeta-se à persecução do lucro. Por esse motivo, os sócios podem e devem deliberar para definir deliberações sociais à adoção de estratégias capazes de promover o alcance do objetivo da sociedade. Quando se dedicam à implementação dessas estratégias, na condição de administradores, os sócios fazem-no – a depender da explicação doutrinária que se entenda mais adequada – como representantes ou mesmo componentes de órgãos da sociedade. A empresa, nesses casos, jamais é exercida pessoalmente pelos sócios e o exercício das vantagens políticas ou a assunção de funções administrativas não poderão ser *per se* alterar esse fato. A sociedade será, presente essas condições, a despeito das dificuldades de se impedir a corrupção desse modelo, sempre o protagonista da atividade empresarial (CIAMPOLINI NETO; WARDE JR., 2010, p. 254).

Assim, já que a sociedade exerce a empresa, nada mais natural que responda exclusivamente pelos seus atos, não sendo possível atribuir aos sócios – desde que observem os requisitos estatutários e legais – as decisões deliberadas e postas em práticas pela sociedade.

2.5 Níveis de personalidade jurídica segundo Hansmann, Kraakman e Squire

No artigo *Law and the rise of the firm* os autores caracterizam a personalidade jurídica a partir de dois elementos, sendo eles (i) a *priority rule*: “a preferência conferida aos credores da companhia na excussão dos ativos dos acionistas” (HADDAD, 2005, p. 163) - e (ii) a *liquidation protection*: “regra que proíbe as acionistas liquidar, *ad libitum*, o valor de suas participações acionárias e se retirarem da companhia” (HADDAD, 2005, p. 163).

No Direito Brasileiro pode-se entender a *liquidation protection* a partir das hipóteses de dissolução parcial ou total das sociedades, sendo que elas variam de acordo

¹¹ Para aprofundar no tema “direito de voto”, sugere-se a leitura da obra “Direito de Voto nas sociedades anônimas” de Renato Ventura Ribeiro publicado pela Editora Quartier Latin em 2009.

com cada tipo societário. Na sociedade anônima aberta¹², por exemplo, a dissolução parcial somente se opera diante das hipóteses previstas na Lei nº 6.404/1964, quais sejam: (i) criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto, (ii) alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida, (iii) redução do dividendo obrigatório, (iv) fusão da companhia, ou sua incorporação em outra, (v) participação em grupo de sociedades, (vi) mudança do objeto social e (vii) cisão da companhia. Já na sociedade limitada, a dissolução parcial pode ocorrer em hipóteses mais amplas, como, por exemplo, diante da exclusão de sócio remisso¹³ ou de sócio que está pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade¹⁴. Por sua vez, na sociedade simples de prazo indeterminado, a dissolução parcial é amplíssima, bastando para tanto uma notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias.

Há então, na visão de Hansmann, Kraakman e Squire, três níveis de personalidade jurídica: (i) a personalidade jurídica fraca, que seria daquelas sociedades que possuem apenas a *priority rule*, (ii) a personalidade jurídica forte, sendo àquelas de sociedades que possuem a *priority rule* combinada com a *liquidation protection* e (iii) a personalidade jurídica completa, que seria daquelas sociedades que possuem total proteção contra os credores dos sócios, sendo que os ativos da sociedade sequer podem ser alcançados após atingidos os bens de seus membros (sócios ou dirigentes)¹⁵.

A lógica exposta pelos autores não é facilmente transportada para o Direito Brasileiro, sendo muito difícil – talvez até impossível – enquadrar todos os tipos societários em alguma das categorias elencadas.

Não obstante, faz-se necessário abordar algumas hipóteses nas quais a existência da personalidade jurídica, sendo ela fraca ou forte, pode ser afetada, fazendo

¹² Os Tribunais Brasileiros tem permitido a dissolução parcial das sociedades anônimas abertas em virtude da quebra do *affectio societatis* (Ver, TJSP Apelação nº 3.299.410, 6ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. 19.02.1998). Em relação a este tema, sugere-se a leitura de dois artigos: “Dissolução parcial de sociedades anônimas por ruptura da *affectio societatis*” de Jean Carlos Fernandes (In.: BOTREL, Sérgio (coord.). **Direito Societário**: análise crítica. São Paulo: Saraiva, p. 94 – 116) e “A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas” de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca publicado na Revista da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 96 Mar/2008.

¹³ Código Civil de 2002: “Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora. Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031”.

¹⁴ Código Civil de 2002: “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”.

¹⁵ No original: “*Weak entity shielding merely gives the claims of firm creditors priority over those of personal creditors. This rule characterizes the modern general partnership. Strong entity shielding adds a rule of liquidation protection to the protections of weak entity shielding. Liquidation protection restricts the ability of both firm owners and their personal creditors to force the payout of an owner’s share of the firm’s net assets [...]. Complete entity shielding describes a regime whereby non-firm creditors – including creditors of the firm’s (beneficial) owners, if any – lack any claim to firm assets*”. (HANSMANN *et al*, 2006, p. 2).

com que as distinções entre a pessoa jurídica e seus sócios e dirigentes não sejam mais visíveis.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente faz-se necessário destacar que a personalidade jurídica refere-se à capacidade geral e abstrata de determinada entidade ser sujeito de direito distinto de seus sócios, sendo seus patrimônios, direitos e deveres completamente autônomos entre si. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização¹⁶ dos sócios pode se dar, de forma geral, a partir de três primas, quais sejam: (i) confusão de esferas, (ii) subcapitalização e (iii) abuso de forma.

A confusão de esferas é percebida “quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 221). Um exemplo de confusão de esferas ocorre quando a sociedade paga contas dos sócios ou vice-versa.

Já subcapitalização ocorre quando o aporte inicial realizada pelos sócios é insuficiente para cumprir os objetos sociais traçados. Para Calixto Salomão Filho a subcapitalização pode ser simples ou qualificada:

Na última, o capital social inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e conseqüentemente o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo do(s) sócio(s) em não prover o capital suficiente à atividade social. A óbvia dificuldade de produzir tal prova fez com que a maioria dos casos de subcapitalização simples a desconsideração seja negada (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 221).

Por fim, o “abuso de forma” é notado quando se utiliza da personalidade jurídica com o intuito de prejudicar terceiro de boa-fé.

No primeiro caso há a utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro. Nesse caso só ele será legitimado a pleitear a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se do caso clássico de desconsideração da personalidade jurídica baseada em critérios subjetivos. O segundo, ao contrário, caracteriza-se por uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função (*zweck und funktionswidrige Ausnutzung des Haftungsprivilegs*) e tem como característica diferencial o fato de implicar a possibilidade de desconsideração em favor de qualquer credor (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 222).

Segundo lição de Alexandre Couto Silva:

¹⁶ Importante ressaltar que “a desconsideração difere da responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e diretores. Na responsabilidade pessoal, estes respondem pelas dívidas da sociedade quando agem com excesso de poderes ou contrariam dispositivos legais, estatutários ou contratuais, pois de alguma forma agiram de maneira ilícita e por isso são responsabilizados pessoalmente. A pessoa jurídica nesses casos não teve sua finalidade desviada ou manipulada, mas o diretor, gerente ou sócio, no exercício de sua função, atuou de maneira contrária ao contrato, estatuto social ou à lei”. (SILVA, 2002, p. 438).

[...] o abuso é possível, precisamente, graças ao caráter instrumental que tem o reconhecimento da personalidade jurídica como aparato técnico oferecido pela lei à obtenção de finalidade que os indivíduos por si sós não poderiam conseguir (SILVA, 2002, p. 435).

No ordenamento jurídico brasileiro somente é possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica diante de previsão legal expressa¹⁷ ou de notável ato fraudulento.

Não obstante a exigência do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que em algumas jurisdições – como na Alemanha - é aplicada a teoria da desconsideração atributiva, a qual não restringe a desconsideração aos casos previstos em Lei ou nos casos de fraude (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 47). Neste sentido, Calixto Salomão Filho cita os casos mais típicos de aplicação dessa desconsideração:

[...] características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade. Assim são passíveis de anulação por erro essencial quanto à pessoa do destinatário declarações tendo como destinatária a sociedade, em que haja erro essencial quanto à pessoa do sócio único [Exemplo de aplicação na jurisprudência brasileira RT 657/86 TJSP, acórdão de 25.04.1990];

[...] comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade. Assim, por exemplo, no caso de dolo de terceiro, que para constituir vício do ato jurídico exige que dele tenha ou devesse ter conhecimento a parte a quem dele aproveite (art. 148, CC). Para aplicação desse dispositivo o sócio não seria considerado terceiro em relação à sociedade;

[...] conhecimentos de sócio podem, em certos casos, ser atribuídos à sociedade. O caso típico de aplicação dessa regra decorre de uma peculiaridade dos sistema alemão, qual seja, a existência de uma regulamentação específica para a aquisição de propriedade em boa-fé. Nos negócios entre sócio único e sociedade não se aplicam as regras de aquisição de boa-fé, pois não é possível sustentar que o sócio único possa ignorar a existência do precedente vínculo contratual entre essa e um terceiro (ou vice-versa). No Brasil, devido à inexistência de uma tal regra, o fato de o negócio

¹⁷ São exemplos de previsões legais para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: Código Civil: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” Código Tributário Nacional: “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.” Código de Defesa do Consumidor: “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. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Lei nº 12.529/ 2011 (Lei Antitruste): “Art. 34. 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

ter sido realizado entre sócio único e sociedade poderia induzir no máximo a uma presunção simples de simulação, cabendo às partes no negócio (sócio e sociedade) demonstrar o contrário;

[...] proibições impostas ao sócio podem ser estendidas também a sociedade (e vice-versa). É o caso das proibições de concorrência impostas ao sócio que gravam também a sociedade (SALOMÃO FILHO, 2006. p. 219 e 220).

Como se nota nos exemplos colacionados acima, a teoria da desconsideração distributiva é abordada em uma perspectiva funcional, sendo seus limites fornecidos para análise econômica da teoria da desconsideração. Assim, será mais ampla quanto maior for a probabilidade de criação de incertezas em relações econômicas já bem definidas, como é o caso dos contratos em que há uma clara negociação dos riscos relativos à potencial insolvência da sociedade (SALOMÃO FILHO, 2006. p. 48).

Aparentemente, a teoria da desconsideração distributiva pode causar maior insegurança jurídica, já que seus limites acabam sendo encontrados em alguns elementos subjetivos das relações econômicas. No entanto, os Tribunais Brasileiros, não raras vezes, ignoram os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica (previsão legal ou intenção de fraudar) proporcionando aos empresários grande insegurança. Nessa esteira, colaciona-se lição de Cesar Ciampolini Neto e Walfrido Jorge Warde Jr.:

Nossos tribunais, em matéria trabalhista, apresentam-nos um sem-número de decisões em que a imputação de responsabilidade aos sócios decorre de um juízo que conclui pela ineficiência econômica da limitação de responsabilidade.

Mesmo que se valham, *en passant*, da teoria da desconsideração, ou de alguns preceitos normativos, os tribunais não escondem que, na verdade, consideram a limitação da responsabilidade menos ‘importante’ do que o direito de crédito do trabalhador. Diante de dois bens jurídicos, o magistrado prefere um em detrimento do outro. A escolha ganha suporte de uma reflexão de natureza éticoeconômica em que o juiz se convence – para usar a terminologia do *Law and Economics* – da ineficiência da limitação de responsabilidade.

Esse juízo e seus fundamentos (éticoeconômicos) serão, nesses casos, as típicas causas de imputação de responsabilidade. As frequentes referências à teoria da desconsideração da personalidade jurídica são evidente técnica para que – apenas formalmente – não se possa falar em *judge-made law*. Na larga maioria das vezes, imputa-se responsabilidade aos sócios sem que existam, nos autos, quaisquer provas de abuso de direito, fraude, abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, i.e., as razões mais recorrentes à aplicação da teoria da desconsideração (CIAMPOLINI NETO; WARDE JR., 2010. p. 254).

A jurisprudência aponta que os Tribunais tendem a ignorar as formas jurídicas das sociedades e determinam o avanço sobre o patrimônio dos sócios, pelo simples fato de serem sócios – ou pior, por um dia terem sido sócios. Assim, ao ignorar as hipóteses nas quais a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica vem sendo utilizada como instrumento de “justiça social” (CASTRO; WARDE JR, 2013, p. 759) sob o argumento que, de fato, a distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios é um princípio jurídico, mas que ele não pode ser um tabu que entrava a ação do Estado na realização da perfeita

e boa justiça, que nada mais é que a atitude do juiz na tentativa de esclarecer os fatos para ajustá-lo ao Direito (BIANQUI; NUNES, 2009, p. 315)¹⁸.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade das relações da vida civil fez com que o Direito concebesse a alguns entes a personalidade jurídica, sendo tal evolução extremamente necessária para harmonizar relações negociais. De fato, a constituição da personalidade jurídica e as consequências decorrentes delas: (i) a distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios e dirigentes, (ii) a autonomia patrimonial, contratual, patrimonial e (iii) o nome, residência e domicílio próprios, facilitam as relações que cercam a atividade empresarial.

Não há dúvida que nos seus múltiplos efeitos práticos, a personalidade jurídica constitui uma aquisição jurídico-cultural muito importante das nossas sociedades. Ela permite um nível muito avançado de integração social e possibilita um desenvolvimento alargado das sinergias humanas e das forças produtivas (CORDEIRO, 2000, p. 10). Além disso, a forma como os Tribunais brasileiros têm aplicado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica demonstra como o tema ainda não foi esgotado e como os aplicadores do Direito parecem ignorar a relevância da personalidade jurídica para o estímulo e desenvolvimento da atividade empresária.

É possível imaginar a confusão que seria instaurada caso a empresa não fosse exercida em nome de uma pessoa autônoma, de um ente que possui imputação de direitos e deveres próprios. É possível se conceber a confusão jurídica que seria instalada diante de uma alteração de um quadro societário, ou pior, de um Conselho de Administração, se os vínculos fossem estabelecidos por essas pessoas e não somente através delas.

Do ponto de vista da funcionalidade, a personalidade jurídica é fundamental para o bom desenvolvimento das atividades empresarias, sendo a sua ausência uma clara exceção à regra.

REFERÊNCIAS

ARMOUR, John. ENRIQUES, Luca. HANSMANN, Henry. HERTIG, Gerard. HOPT, Klaus. KONDA, Hideki. KRAAKMAN, Reineir. ROCK, Edward. *The anatomy of corporate law – A comparative and funcional approach*. 2ª Edição. United States: Oxford, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 11ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, V.1.

BIANQUI, Simone Lahorgue. NUNES, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. *In.*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coordenador). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁸ Sugere-se a leitura da obra de Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*, para melhor entender como a teoria tem sido aplicada no ordenamento brasileiro.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada – De acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005

CAMARGO, André Antunes Soares de. A pessoa jurídica: um fenômeno social antigo, recorrente, multidisciplinar e global. *In.*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coordenador). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JR, Walfrido Jorge. O futuro da limitação de responsabilidade. A expressão continuada do estado de empresa como prova da incolumidade dos meios de produção exclusivos da sociedade empresária. *In.* AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (coordenadores). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CHAGAS, Carlos Orlandi. **Representação da pessoa jurídica e a teoria da aparência**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2010.

CIAMPOLINI NETO, Cesar. WARDE JR., Walfrido Jorge. A “Teoria da Disciplina da Responsabilidade dos Sócios” e os precedentes em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. *In.*: CIAMPOLINI NETO, Cesar. WARDE JR., Walfrido Jorge (coordenadores). **O Direito de Empresa nos Tribunais Brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **O levantamento da personalidade colectiva: no Direito Civil e Comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.

LYRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

DAVIES, Paul. **Introduction to Company Law**. 2ª Edição. Nova York: Oxford, 2010.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HADDAD, Luís Gustavo. Uma resenha brasileira de The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach. **Revista de Direito GV**, v.1, n.1, maio de 2005. p. 161 – 172.

HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. SQUIRE, Richard. **Law and the rise of the firm**. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em: 16 out. 2013.

HANSMANN, Henry. KRAAKMAN, Reinier. SQUIRE, Richard. **The new business entities in evolutionary perspective**. Disponível em <<http://papers.ssrn.com>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil. 23ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, V. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário.** 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. *In.:* RODRIGUES, Frederico Viana (coordenador). **Direito de Empresa no Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial:** Direito Societário. São Paulo: Atlas, 2011, V. 1.