

047d Oliveira, José Lamartine Correia de, 1933 —  
A dupla crise da pessoa jurídica / J. Lamartine Corrêa  
de Oliveira. — São Paulo : Saraiva, 1979.

Bibliografia.

1. Pessoa jurídica 2. Pessoa jurídica — Brasil 3. Socie-  
dades comerciais 4. Sociedades comerciais — Brasil I. Título.

CDU-347.19  
-347.19(81)  
-347.72  
-347.72(81)

78-1674

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Pessoa jurídica : Direito civil 347.19(81)
2. Brasil : Sociedades comerciais : Direito comercial 347.72(81)
3. Pessoa jurídica : Direito civil 347.19
4. Sociedades comerciais : Direito comercial 347.72(81)

 **SARAIVA S.A. — Livrários Editores**

Belo Horizonte — MG

R. Célia de Souza, 571 — Bairro Sagrada Família — Tels.: (031) 461-9962 e 461-9995

Porto Alegre — RS

Av. Chicago, 307 — Floresta — Tels.: (0512) 22-1463 e 22-0554

Rio de Janeiro — RJ

Av. Marechal Rondon, 2231 — Tels.: (021) 201-7149 e 261-4811

São Paulo — SP

Av. das Encruzadas, 897 — Tels.: (011) 826-8477

## Sumário

<i>Principais abreviaturas usuais em direito alemão</i> .....	IX
<i>Explicação necessária — Agradecimentos</i> .....	XI
Capítulo I — O ponto de partida: uma concepção ontológico-institucionalista da pessoa jurídica com especial apoio na noção de analogia. Plano da obra .....	1
1. A justificação da necessidade e conveniência do ponto de partida. O conceito .....	1
2. Plano do trabalho .....	7
3. Ponto de partida conceitual .....	9
4. A ordem jurídica positiva e a realidade ontológica preexistente .....	12
5. A analogia .....	16
6. Conceito e sistema. A tipologia .....	20
7. O condomínio. A família .....	23
Capítulo II — A tipificação das pessoas jurídicas de Direito Privado .....	25
1. Delimitação de campo: exclusão do Direito Público .....	25
2. Delimitação do campo: irrelevância da distinção entre civil e comercial, para os fins deste trabalho .....	31
3. A dicotomia básica do Direito Comparado e a importância do estudo do Direito alemão, em tema de pessoa jurídica .....	36
4. Alemanha, República Federal da Alemanha e República Democrática Alemã .....	42
5. O quadro das pessoas jurídicas de Direito Privado no sistema jurídico da República Federal da Alemanha .....	43
a) As associações ( <i>Vereine</i> ) .....	43
b) A sociedade por ações (AG) ( <i>Aktiengesellschaft</i> ) .....	48
c) A sociedade em comandita por ações ( <i>Kommanditgesellschaft auf Aktien</i> ) (KGaA) .....	49
d) A sociedade de responsabilidade limitada ( <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i> ) (GmbH) .....	49
e) As cooperativas registradas ( <i>eingetragenen Genossenschaften</i> ) .....	51
f) As sociedades de seguros mútuos ( <i>Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit</i> ) .....	51
g) As fundações ( <i>Stiftungen</i> ) .....	52
5.1 O sistema adotado: disposições normativas. Sistema excepcional — o da concessão .....	54
5.2 O princípio do <i>numerus clausus</i> .....	57

*A crise da função.*

**1. FUNÇÃO DOS INSTITUTOS, FUNÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO. CONTEÚDO DO CAPÍTULO. PLANO DE EXPOSIÇÃO**

Admitida como ponto de partida a definição resumida oferecida por OTTMAR KUHN, segundo a qual *instituto jurídico* é toda unidade de ordenação (*Ordnungseinheit*) conscientemente construída e em cujas normas os diferentes princípios jurídicos se cristalizam<sup>1</sup>, importa precisar em que consiste a função de um *instituto jurídico*. Essa função consiste, segundo o preciso ensinamento de ERLINGHAGEN<sup>2</sup> em dar satisfação a determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico sob forma também compatível com o ordenamento jurídico. Partindo de uma análise das pessoas jurídicas que, no plano fáctico, representam um grupo (*Verband*)<sup>3</sup>, o mesmo autor debruçou-se sobre a busca da determinação da função da pessoa jurídica de Direito Privado, e entendeu que a necessidade básica a que tal instituto procura dar resposta é a de conciliação entre dois

1. Ottmar KUHN, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1964, p. 69 e nota 31. O autor baseia-se ademais em formulações teóricas feitas por Karl LARENZ em sua *Methodenlehre*, que não encontram aqui local adequado para análise.

2. Peter ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschluss-Klausel im Aktienrecht*, Marburg, 1960, p. 65.

3. Deste carácter grupal seriam consideradas excluídas, evidentemente, as fundações, embora J. van COMPERNOLLE, *La personnalité morale: fiction ou réalité?*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, 1974, p. 322, nota 17, procure dar uma noção de "groupement" tão voluntariamente vaga que abranja as fundações.

interesses opostos — o dos membros, que desejam uma vinculação tão frouxa quanto possível, de modo a assegurar fácil dissolução de seu vínculo com a entidade, e limitação de seu risco individual, e o interesse de manutenção de uma continuidade do grupo, de sua base financeira, e de sua mobilidade econômica, pois tudo isso é necessário à consecução dos fins coletivos do grupo, considerados relevantes pela ordem jurídica. O caminho adequado para essa conciliação de necessidades opostas foi encontrado em uma autonomização (*Verselbständigung*) do grupo em face de seus membros, autonomização que se concretiza tecnicamente pelo caráter autônomo reconhecido à organização e ao patrimônio, que são destinados ao serviço das finalidades do grupo<sup>4</sup>. Sente-se, na análise, que o autor alemão, ao assim explicar a função do instituto “pessoa jurídica” estava preparando terreno para a explicitação da função do instituto “sociedade anônima”, como de fato acontece nas páginas seguintes de seu trabalho. De fato, é observação corriqueira entre os autores alemães afirmar-se que a chamada limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica seria consequência lógica da personalidade jurídica<sup>5</sup>, o que, de resto, é compreensível em autor que raciocina e trabalha em sistema maximalista como o alemão<sup>6</sup>. ULRICH DROBNIG, porém, teve ocasião de produzir brilhante demonstração em contrário, ao mostrar que “personalidade jurídica e limitação de responsabilidade não se ligam de modo inseparável, argumentando com as pessoas jurídicas em que existem sócios com responsabilidade pessoal ilimitada (exemplifica com as sociedades em comandita por ações no Direito alemão e com as sociedades em nome coletivo e sociedades civis no Direito “dos países romanísticos”) bem como com os casos de limitação da responsabilidade sem que exista personalidade jurídica (a associação irregular — veja-se, contra esse exemplo, o que foi dito no capítulo III, item 1.1, p. 105-19 — quando tal limitação decorre de norma estatutária, o sócio da sociedade em conta de participação (*stille Gesellschaft*) e o comanditário da comandita

4. Peter ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag...*, cit., p. 66 e 67, com referência a Haupt-Reinhardt, na nota 28.

5. Id., p. 39 e nota 6 com análise crítica da posição de DROBNIG, adiante referida.

6. De modo mais comedido, um autor espanhol, J. PUIG BRUTAU, no Comentário del traductor à edição espanhola da obra de SERICK, *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Barcelona, Ariel, 1958, p. 303, afirma, retomando pensamento de autor norte-americano, BERLE, Jr., nota 66, que a principal vantagem da personalidade jurídica é a exclusão de responsabilidade dos sócios.

amples, no Direito alemão, o empresário individual de responsabilidade limitada no Liechtenstein, além de outros exemplos que dá e que nos parecem inaceitáveis, não vindo ao caso aqui discuti-los<sup>7</sup>.

Embora não possamos aceitar todos os argumentos desenvolvidos por DROBNIG como crítica válida, entendemos, com ele, que a responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica. O nosso próprio Direito, sistema minimalista, conhece os exemplos de pessoas jurídicas em que existem membros com responsabilidade ilimitada, que DROBNIG considerou próprios dos países de sistema romanista como o nosso.

Não resta dúvida, porém, que a chamada limitação de responsabilidade é apenas (por ser, em verdade, a total exclusão de outros responsáveis que não a pessoa jurídica) a expressão máxima do princípio da separação (*Trennungsprinzip*) entre pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica. Por isso mesmo, falamos em sistema maximalista no caso dos sistemas jurídicos que — por exigirem um limiar máximo de analogia com a pessoa humana — só admitem personalidade jurídica no caso das entidades em que a separação se expressou de maneira total, conduzindo à exclusão de responsabilidade de sócios pelas dívidas da sociedade. Mesmo, porém, em regime minimalista, como é o caso do Direito brasileiro, os casos de responsabilidade de sócio por dívida da sociedade (como, entre nós, na sociedade civil ou na sociedade em nome coletivo, para ficar nos dois exemplos mais claros de responsabilidade ilimitada) configuram hipóteses de responsabilidade por dívida alheia, *subsidiária* sempre, pois que é pressuposto de sua invocação a insuficiência do patrimônio social. De fato, embora no caso da sociedade em nome coletivo a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade seja solidária (CCom, art. 316) e no caso da civil seja proporcional (CC, art. 1.396) é, em ambos os casos, subsidiária. Como subsidiária é a responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade em todos os outros casos em que é admitida. Pois o que importa basicamente é a regra do art. 20 do Código Civil (“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”), princípio cardinal que domina todo o campo das pessoas jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado, e sem o qual não seria compreensível, do ponto de vista lógico, o instituto pessoa jurídica. A vigência desse princípio tem decorrências não apenas no campo da responsabilidade por dívidas (terreno em que o caráter subsidiário da responsabilidade do sócio por dívidas da sociedade, nos casos em que existe, demonstra

7. Ulrich DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, Berlin-Frankfurt, Mentzner, 1959, p. 20.

que o princípio permanece intocado, da mesma forma que é indiscutível a personalidade do afiançado, apesar da responsabilidade do fiador pela dívida alheia) como em outros múltiplos aspectos, pois a pessoa jurídica é ponto de imputação (para usar linguagem kelseniana) de direitos e deveres distinto do dos sócios, tem patrimônio distinto, nacionalidade distinta, domicílio distinto, e isso para ficarmos em mera exemplificação. Por isso mesmo, a autonomização de que fala ERLINGHAGEN (do grupo em face de seus membros) tem particular relevo para a determinação das funções que o instituto "pessoa jurídica" é chamado a desempenhar na vida jurídica e econômica.

Por tudo isso, o problema de que vamos tratar neste capítulo é problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Pois em todos esses países pode surgir (como de fato tem surgido) o fenômeno da utilização da pessoa jurídica (e de sua subjetividade autônoma, separada) no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico. Como em qualquer desses países pode surgir (como tem surgido) a reação jurisprudencial (e doutrinária) tendente a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada com sucesso para finalidades imorais ou antijurídicas. É claro que uma parte relevante da problemática diz respeito a problemas de responsabilidade. Mas ainda aqui o problema é comum à imensa maioria dos países que vivem em sistema capitalista. Pois que — pormenores à parte — em todos esses países a função do instituto "sociedade anônima" ou, com as devidas modificações, do instituto "sociedade de responsabilidade limitada", encontra coordenadas na preocupação de limitação do risco empresarial.

Na verdade, o que as páginas seguintes irão demonstrar é a existência de uma crise de função da pessoa jurídica de Direito Privado. De modo especial, da função das sociedades e, de modo ainda mais especial, das anônimas e das por quotas de responsabilidade limitada. Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico<sup>8</sup>. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos. E da reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência — para o caso concreto em julgamento — do princípio

8. Peter ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag...*, cit., p. 65.

da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Esse fenômeno é conhecido pelo pensamento jurídico moderno pelas expressões "desconsideração" da pessoa jurídica (tradução aproximada da expressão norte-americana "*disregard of the legal entity*") ou "penetração" na pessoa jurídica (aproximada tradução do alemão "*Durchgriff*").

Entendemos que o correto aprofundamento de um tema em termos de Direito Comparado supõe a simultânea comparação entre quadros sistemáticos diversos (análise formal) e funções semelhantes desempenhadas por institutos ou soluções formalmente diversos (análise material). Embora de acordo com a conclusão que PUIG BRUTAU extrai da lição de ESSER, ao afirmar que "o que importa é localizar a coincidência de soluções alcançadas por meios diferentes" e que "é a unidade do problema e não a categoria do conceito que proporciona o ângulo de visão adequado para a comparação"<sup>9</sup>, temos consciência de que a correta comparação funcional-material supõe — para que se evitem erros de perspectiva — a prévia informação sobre o quadro formal-sistemático. Estas observações são feitas para explicar o modo de abordagem que será por nós empregado quanto ao Direito dos países da "*common law*", em especial quanto aos Estados Unidos. Seria impossível omitir a enorme contribuição trazida pela jurisprudência norte-americana em matéria de "desconsideração" da pessoa jurídica. A adequada análise sistemática levaria porém, de modo inevitável, ao exame de um quadro de Direito Material que não é uniforme, dadas as grandes diferenças entre os vários Estados da federação norte-americana. As bibliotecas alemãs em que foi feita a maior parte de nossa pesquisa de Direito estrangeiro contêm rico e atualizado material norte-americano. Tínhamos, porém, de optar entre a pesquisa desse material e a do imenso e riquíssimo material jurisprudencial e doutrinário europeu (e alemão, de modo particular) que as mesmas bibliotecas oferecem. As dimensões previstas para o trabalho e o tempo disponível impunham a opção. E esta foi feita em favor do material germânico. Além das maiores afinidades de sistema, os especialistas alemães conhecem, de um modo geral, com bastante atualização, as soluções jurisprudenciais norte-americanas. Por outro lado, este livro, obra plasmada por quem vive e trabalha em país de regime romanista, tem preocupações de elaboração dogmática e doutrinária. A tais preocupações é completamente alheia a literatura jurídica de língua inglesa, "até por causa da conhecida indiferença do Direito anglo-saxão pela tarefa de determinação exata dos conceitos"<sup>10</sup>. Os juristas alemães,

9. J. PUIG BRUTAU, op. cit., p. 339.

10. U. DROBNIG, *Haftungsdurchgriff...*, cit., p. 8.

no contrário, fiéis à tradicional vocação sistematizadora e abstratizante do pensamento germânico, conseguiram construir, a partir da jurisprudência nacional e da estrangeira (da norte-americana, de modo especial), um riquíssimo leque de opções doutrinárias na matéria.

Isto explica a abordagem que escolhemos. Começaremos (depois da introdução teórica que vem de ser feita) por fornecer uma mera notícia da contribuição dada pela jurisprudência dos tribunais norte-americanos em matéria de desconsideração da pessoa jurídica. Trata-se simplesmente de notícia, necessária como introdução ao que vem depois, mas sem validade como estudo comparatístico, por falta da análise formal e sistemática. A seguir, traçaremos — já com maior precisão — o quadro da evolução da jurisprudência alemã — em especial, mas não exclusivamente, de seus mais altos tribunais, primeiro o *Reichsgericht* e atualmente o *Bundesgerichtshof* em matéria de penetração na pessoa jurídica (*Durchgriff*). A parte seguinte será dedicada à análise das grandes concepções doutrinárias dos juristas alemães no assunto que nos interessa. Esta será parte de especial importância no presente capítulo. Em seguida, ofereceremos visão panorâmica do problema em outros países — Inglaterra, França, Itália, Espanha, Suíça, Portugal; e, na América Latina, Argentina. O capítulo será encerrado com uma visão do que já existe no Brasil, em sede jurisprudencial e doutrinária, sobre o assunto.

Esclareça-se ainda que, entre a análise da doutrina alemã e a visão panorâmica dos demais países, intercalaremos sucinta informação sobre a jurisprudência mais recente dos tribunais da Alemanha Federal, com aplicação da doutrina da penetração: julgados novos, em relação aos quais não incidiu o paciente trabalho de análise doutrinária que teremos estudado na parte antecedente.

## 2. A CONTRIBUIÇÃO NORTE-AMERICANA

Algumas observações, a título de informação, são necessárias previamente. A primeira será a retomada, por nossa conta, da observação feita pelo Prof. SWEENEY. “Falar do Direito dos Estados Unidos é falar dos Direitos de cinquenta Estados e do Direito federal”. Pois que, com efeito, os Estados federados norte-americanos são, “no seio da federação, entidades soberanas com Direitos próprios e leis e organizações judiciárias distintas”. Da mesma forma que no trabalho de SWEENEY, “o Direito dos Estados Unidos de que se falará aqui é uma síntese desses Direitos, síntese necessariamente artificial que

se limita às grandes linhas mais ou menos comuns do tema, não se deverá jamais daí deduzir sem exame qual o Direito de um determinado Estado”<sup>11</sup>.

Em segundo lugar, vista a idéia geral de um “Direito dos Estados Unidos” com a reserva que vem de ser oferecida, estamos diante de sistema totalmente distinto. Em tal sistema, não tem o menor interesse a distinção entre sociedades comerciais e sociedades civis. A distinção entre sociedades “de fins lucrativos” e os grupos de objetivos não-lucrativos (associações) só apresenta relevância do ponto de vista do Direito Tributário, pois que a “incorporação” pode ter por objeto tanto uma entidade de fins lucrativos quanto uma entidade que, em nosso Direito, seria denominada associação<sup>12</sup>. Tem, ao contrário, a maior importância, a distinção entre sociedades não incorporadas e sociedades incorporadas, pois só as últimas são consideradas dotadas de personalidade jurídica<sup>13</sup>. Entre as não incorporadas, LEPARGNEUR estuda as *partnerships* em sentido estrito, equivalentes aproximadas das sociedades em nome coletivo, e aquelas que denomina *partnerships* ou *special partnerships*, inspiradas, via Direito da Luisiânia, no modelo francês das sociedades em comandita simples, as *joint stock companies*, sociedades por ações não incorporadas, dotadas de estatutos escritos, e em que a responsabilidade dos acionistas por dívidas da sociedade é, em princípio, ilimitada, salvo lei especial ou cláusula estatutária, e, finalmente, as *joint ventures* (sociedade ordinariamente criada tendo em vista um único e determinado *business*, embora este possa estender-se por vários anos) e os *syndicates*, que das *joint ventures* se distinguiriam por serem ordinariamente orientados para atividades limitadas ao domínio financeiro<sup>14</sup>. A isso tudo se acrescenta a corrente observação segundo a qual “não existe nos Estados Unidos sociedade de responsabilidade limitada como nós a entendemos (ou no sentido das *private companies* inglesas e das *GmbH* alemãs”<sup>15</sup>. A observação, na pena de um jurista francês, significa a afirmação de que inexistem sociedades de pessoas, dominadas antes pelo princípio da unanimidade que pelo da maioria<sup>16</sup>.

11. Joseph M. SWEENEY, *Droit des États-Unis*, in *La personnalité morale et ses limites, Études de droit comparé et de droit international public*, Paris, LGDJ, 1960, p. 98.

12. Hubert LEPARGNEUR, *Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique*, Paris, Dalloz, 1951, p. 29.

13. Id., p. 30-1. No mesmo sentido, J. M. SWEENEY, op. cit., p. 99.

14. Hubert LEPARGNEUR, op. cit., p. 34, 49, 50, 53, 54, 60.

15. Id., p. 57.

16. Id., p. 58.