

Calixto Salomão Filho

***O NOVO DIREITO
SOCIETÁRIO***

*4ª edição,
revista e ampliada*

Mendes Advogados Associados

Biblioteca

Reg. 12/01/12

⇒

**MALHEIROS
EDITORES**

O NOVO DIREITO SOCIETÁRIO

© CALIXTO SALOMÃO FILHO

1ª edição: 06.1998; 2ª edição: 06.2002;
3ª edição: 10.2006.

ISBN 978-85-392-0079-5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa:
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06.2011

SUMÁRIO

Prefácio à 4ª edição 11

PRIMEIRA PARTE – NOVA FUNÇÃO

CAPÍTULO I – DIREITO EMPRESARIAL PÚBLICO

1. <i>Introdução: uma crítica ao neoliberalismo</i>	15
2. <i>Crítica aos determinismos econômicos</i>	16
3. <i>A teoria jurídica do conhecimento econômico e social</i>	17
4. <i>Direito empresarial público</i>	19
4.1 <i>Regulação e Direito antitruste</i>	20
4.2 <i>Direito societário</i>	23
5. <i>Conclusão</i>	26

CAPÍTULO II – INTERESSE SOCIAL: A NOVA CONCEPÇÃO

1. <i>Introdução</i>	27
2. <i>Contratualismo “vs.” Institucionalismo</i>	28
2.1 <i>O contratualismo</i>	28
2.1.1 <i>Contratualismo clássico</i>	28
2.1.2 <i>Contratualismo moderno</i>	31
2.2 <i>A teoria institucionalista</i>	32
2.2.1 <i>Institucionalismo publicista</i>	32
2.2.2 <i>Intitucionalismo integracionista ou organizativo</i>	34
2.3 <i>A situação no Brasil: entre contratualismo e institucionalismo</i>	38
3. <i>As teorias modernas</i>	40
3.1 <i>A empresa e o interesse social na análise econômica do direito: utilidade e críticas</i>	42
3.2 <i>A teoria do contrato organização</i>	44
3.3 <i>Efeitos aplicativos</i>	47

Capítulo XIV
**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO
DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

1. Antecedentes. 2. A teoria unitarista. 3. Resultados aplicativos: desconsideração e falência. 4. A teoria dos centros de imputação. 5. Resultados aplicativos: a casuística: 5.1 Desconsideração atributiva; 5.2 Desconsideração para fins de responsabilidade; 5.3 Desconsideração em sentido inverso; 5.4 Desconsideração em benefício do sócio. 6. Interpretação e aplicação da teoria da desconsideração no Brasil. 7. A desconsideração da personalidade jurídica como problema e como método. 8. Os custos da desconsideração: 8.1 Responsabilidade limitada e livre mercado; 8.2 Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita; 8.3 Desconsideração como forma de redistribuição de riscos; 8.4 Recepção legislativa das teorias no Brasil; 8.5 Os limites econômicos da desconsideração.

1. Antecedentes

O conceito de personalidade jurídica, teoricamente elaborado pela pandectística, foi durante longo tempo considerado intocável. Essa rigidez demorou muito a ser superada. Apenas na segunda metade da década de 50, com a publicação do trabalho de R. Serick, ganharam impulso teorias que admitiam desconhecer a personalidade jurídica.

Não se pretende aqui analisar com profundidade todas as teorias que trataram do assunto.

O objetivo é analisar apenas as teorias mais importantes relacionadas ao tema aqui tratado, enquadrando-as segundo critérios úteis para a reflexão teórica e para sua aplicação prática ao estudo que se pretende realizar.

É por isso que, antes de tratar das teorias da desconsideração propriamente ditas, parece importante mencionar uma teoria, de grande

difusão nos anos 50, que procurou atingir os mesmos efeitos da desconsideração – e daí o seu pioneirismo – sem no entanto lidar com o conceito de pessoa jurídica. Trata-se da teoria de W. Bigiavi, centrada na figura do “sócio tirano”, ou seja, do sócio que faz uso da sociedade como “coisa própria”.¹ O autor chega à responsabilidade ilimitada do sócio tirano através de sua equiparação à figura do empresário oculto, para o qual já havia deduzido uma regra de responsabilidade pessoal.² Essa equiparação é feita com base no domínio por ele exercitado sobre a sociedade, domínio qualificado, verdadeira tirania, segundo o autor, que o transforma em empresário indireto.³ A esse ponto parece já estar claro

1. A teoria foi exposta por W. Bigiavi no livro, hoje clássico, *L'imprenditore occulto*, Padova, Cedam, 1954. Seguiram-se uma série de outros trabalhos do autor sobre o assunto, entre os quais destaca-se, pelo tratamento específico do tema do presente trabalho, “Società controllata e società adoperata come cosa propria”, in *Giurisprudenza Italiana* 1, vol. I, 1959, pp. 623 e ss.

2. Para deduzir essa regra, o autor parte do artigo 147, inc. II, da lei falimentar italiana, que nos casos de falência de uma sociedade de pessoas prevê também a falência do sócio ilimitadamente responsável, cuja existência era anteriormente desconhecida dos credores. O autor identifica nessa regra o princípio da responsabilidade pessoal do sócio oculto de uma sociedade. O segundo passo consiste em trabalhar com a hipótese de uma sociedade com dois sócios, um dos quais é oculto. Trata-se, consequentemente, também nesse caso, de uma sociedade oculta (de fato), já que na Itália não se admitem sociedades de pessoas unipessoais. Para permitir a aplicação do artigo 147 ao caso concreto (não há por que não o fazer, se o artigo 147 não contém qualquer exceção para a sociedade com dois sócios), é necessário admitir a responsabilidade pessoal do sócio oculto de uma sociedade oculta. O autor identifica a *ratio* dessas duas normas na responsabilização da pessoa “sul patrimonio della quale i terzi non hanno contato nel momento in cui sorgeva l'obbligazione, sempre che s'intende quella persona avesse la possibilità di dirigere l'impresa su cui grava l'obbligazione” (W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 31). Assim, o autor consegue formular uma regra geral, válida tanto para o empresário individual quanto para o empresário coletivo que exerce sua atividade através de uma sociedade de capitais ou de uma sociedade de pessoas.

3. Cf. W. Bigiavi, “Società controllata”, cit., p. 624, onde o autor enumera os requisitos para que uma sociedade possa ser considerada tiranizada: “È risaputo, infatti, che ad essa si potrà fare ricorso non già quando il socio sovrano si sia limitato a spadroneggiare nell'ambito della società, creata magari all'unico scopo di consentirgli il ricorso (indiretto) al beneficio della responsabilità limitata, ma quando abbia degradato la società a suo mero strumento, intendendo dire, con queste parole, che egli ha usato della società come di ‘cosa propria’ (...).”

“Anche in tal caso il socio (e perché no un terzo) è il sovrano della società, ma ne è per così dire il ‘sovrano qualificato’, il tirano che ha messo in non cale tutte le regole del diritto societario, tale che egli può essere considerato l'imprenditore indiretto dell'impresa societaria. Come tale, egli deve rispondere con tutto il suo patrimonio personale e, nel caso, fallire.”

que o modelo típico de tirania, o sócio único, deve ser invocado para sustentar a teoria. Com efeito, o artigo 2.362 do *Codice Civile* italiano, que prevê a responsabilidade ilimitada do sócio único, é visto como uma confirmação do princípio da responsabilidade ilimitada do sócio tirano, a ponto de o legislador criar uma presunção *iuris et de iure* de tirania.⁴

A desconsideração da personalidade jurídica que essa teoria implica é bastante evidente, ainda que assim não seja qualificada expressamente.⁵ Atualmente é pequeno o seu reconhecimento jurisprudencial, tendo em vista a interpretação restritiva que vem sendo dada ao artigo 2.362 do *Codice Civile*.⁶

2. A teoria unitarista

Na metade dos anos 50 aparece a primeira sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, feita pelo alemão Rolf Serick. É a seus estudos e, sobretudo, a sua teorização da jurisprudência americana que se deve atribuir o desenvolvimento moderno da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em seu trabalho, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, o autor define a desconsideração como um conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial.

O autor adota um conceito unitário de desconsideração, ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de uma essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobrepõe ao valor específico de cada norma.⁷ O unitarismo de Serick revela-se também em

4. Cf. W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, cit., p. 193.

5. Cf. F. Galgano, "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", cit., p. 553 (581, nota 93), que critica a confusão da teoria de Bigiavi com a da desconsideração, exatamente porque a primeira não parte de uma discussão crítica do conceito de pessoa jurídica com seus requisitos e pressupostos de aplicação. Deve-se destacar, no entanto, a opinião de S. Scotti-Camuzzi, segundo o qual a própria teoria de Galgano nada mais é "che la traslazione e opportune trasformazione, sul piano societario, della teoria che il Bigiavi aveva mantenuto sul piano dell'impresa" (cf. "Osservazione in tema di responsabilità dell'unico azionista", in *Jus* 1977, p. 169).

6. Cf., entre tantos outros, Cass., 29 de novembro de 1983, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. II, 1982, p. 694, que afirma que o artigo 2.362, como regra excepcional, não seria passível de aplicação analógica ou interpretação extensiva.

7. Trata-se daquilo que Schanze chama de "qualifizierten Wesenbestimmung der juristischen Person" (definição qualificada da essência da pessoa jurídica) (cf. E. Schanze, *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung als Konzeptionalisierung*

outro plano: a não distinção entre tipos de pessoa jurídica, com relação à organização interna, motivo pelo qual não vê nenhum motivo que justifique um tratamento diferenciado para a sociedade unipessoal.⁸

Dentro desse grupo podem-se identificar dois subgrupos, segundo o modo de justificação da desconsideração. Existem aqueles que tentam justificar a desconsideração de um ponto de vista objetivo-institucional,⁹ utilizando critérios, não sempre de fácil determinação, como *ordnungswidrige, funktionswidrige oder Zweckentfremdete Verwendung der juristischen Person*¹⁰ (utilização contrária aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica).

Uma outra corrente, na qual se inclui o próprio Serick, tenta justificar a desconsideração a partir do assim chamado *subjektiver Rechtsmissbrauch*, identificando o elemento intencional na utilização fraudulenta da forma societária.¹¹

Nessa última corrente inclui-se ainda Galgano. Mesmo partindo de uma declaração de princípios eminentemente antiunitária, a proximidade de resultados entre a sua teoria e a de Serick é evidente. O autor rejeita qualquer tipo de assimilação entre pessoa física e jurídica. Nega também que a personalidade jurídica seja fundada em uma concessão de

probleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, cit., p. 60), que se traduziria em uma concepção pré e supranormativa da personalidade jurídica, caracterizada na seguinte afirmação: "der Eigenwert des Rechtsinstituts der juristischen Person steht dem Zweckwert einer einzelnen Norm gegenüber" – "o valor próprio da pessoa jurídica se contrapõe (e sobrepõe) ao objetivo de uma norma específica" (R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 2ª ed., Berlin, Mohr-de Gruyter, 1955, p. 24). Na verdade, Schanze parece exagerar ao se referir a um caráter pré e supranormativo. Serick reconhece expressamente que a pessoa jurídica não é uma entidade pré-moldada (*keine vorgegebene Erscheinung*) – entenda-se, pré-jurídica –, mas sim uma criação do ordenamento (*eine Schöpfung der Rechtsordnung*). Não há dúvida, no entanto, que ao falar em valor próprio da personalidade jurídica, aproxima-se das teorias realistas da pessoa jurídica, criando por assim dizer um realismo normativo que acaba por desembocar no unitarismo supramencionado.

8. Cf. R. Serick, *Rechtsform und Realität*, cit., pp. 20-22.

9. Representante de tal teoria é, por exemplo, U. Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, Atheneum, 1970.

10. Cf. a respeito V. Emmerich, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 7ª ed., Köln, Schmidt, 1986, § 13, Rdn. 80, afirmando que a indeterminação dos critérios é uma das maiores razões para as críticas doutrinárias que são feitas a essa teoria hoje em dia.

11. A esse grupo pertence não apenas o próprio Serick mas também U. Drob-nig, com seu clássico trabalho *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. Berlin/Frankfurt, Metzner, 1959.

subjetividade jurídica aos grupos organizados por parte do legislador. Em uma análise muito próxima à tradicional doutrina instrumentalista,¹² Galgano define a personalidade jurídica como “la speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, la legge ha previsto per determinati gruppi”, disciplina consistente em uma “somma di privilegi che, ricorrendo specifici presupposti, il legislatore ha concesso ai membri”.¹³

O autor faz duras críticas à teoria de Serick, que vê na personalidade jurídica um fenômeno unitário, ou seja, a regra, e na sua desconsideração, a exceção. Argumenta que esse tipo de raciocínio regra/exceção, sem uma conveniente crítica do conceito de pessoa jurídica, levaria a admitir a desconsideração com base em princípios vagos e de difícil determinação como os de equidade e justiça.¹⁴

12. Cf., v.g., T. Ascarelli, “Considerazione in tema di società e personalità giuridica”, in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1955, p. 21; G. Arangio-Ruiz, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, Giuffrè, 1952.

13. Cf. F. Galgano, “Struttura logica”, cit., pp. 553-567.

14. F. Galgano, “Struttura logica”, cit., pp. 579-580. É interessante aqui fazer um confronto da teoria de Galgano com a de Müller-Freienfels, o mais conhecido crítico da teoria de Serick na Alemanha. Ambos partem de uma crítica severa do pressuposto fundamental da teoria de Serick, o unitarismo do conceito de pessoa jurídica, concebido como sujeito de direito pleno (*vollwertiges Rechtssubject*), equiparável às pessoas físicas. Enquanto, porém, Galgano nega que as pessoas jurídicas sejam sujeitos de direito e procura um conceito unitário substitutivo, o de responsabilidade limitada, Müller-Freienfels não se preocupa em negar a subjetividade jurídica, mas sim em demonstrar o relativismo de tal subjetividade. A pessoa jurídica concebida como um centro de imputação de normas é sustentável como tal apenas na medida em que o escopo de cada regra o permita: “Die juristische Person ist sonach nur ein bequemer, zusammenfassender Ausdruck für bestimmte Einheiten ein ‘passendes Symbol’. Sie bilden nur ein gedankliches Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen, ein leicht begreifbares Vorstellungsbild (...)” (cf. “Zur Lehre von sogenannten ‘Durchgriff bei’ juristischen Personen in Privatrecht”, cit., p. 529).

Essas diferenças de opinião em dois sistemas que têm realidades legislativas semelhantes (tanto na Alemanha como na Itália a personalidade jurídica é concedida apenas às sociedades de capital) explicam a diferença de extensão entre as duas teorias, sobretudo com relação à desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto Galgano retorna ao conceito de abuso para a admissão da desconsideração, limitando sua aplicação aos casos de atribuição de responsabilidade patrimonial ao sócio limitadamente responsável, Müller-Freienfels, como visto acima, procura determinar o escopo de cada norma em particular para determinar a qual sujeito (sócio ou sociedade) ela deve ser aplicada. Tal teoria encontra hoje reflexo na riquíssima série de hipóteses de desconsideração reconhecidas na doutrina e na jurisprudência alemãs.

Mas quando chega o momento não mais de criticar, mas, sim, de definir o conteúdo normativo de seu conceito de pessoa jurídica, ou seja, em suas próprias palavras, a soma de privilégios que constituem a personalidade jurídica, o autor cria seu próprio unitarismo: reduz o conteúdo normativo do conceito de pessoa jurídica à responsabilidade limitada dos seus membros.¹⁵ Assim procedendo, desconhece um elemento que, ainda que insuficiente, é necessário à configuração da personalidade e da própria subjetividade. A desconsideração por ele imaginada mostra-se possível apenas em caso de abuso e para o fim de atribuição de responsabilidade a sujeito diferente do devedor. Consequentemente, mesmo partindo de pressupostos diversos, chega a resultados muito semelhantes aos da teoria por ele criticada.

3. Resultados aplicativos: desconsideração e falência

A aceitação integral da teoria unitarista tem duas implicações necessárias: em primeiro lugar, admitir a desconsideração apenas para atribuir *responsabilidade* a sujeito diverso do devedor e, em segundo lugar, admitir a desconsideração, como evento excepcional que é, apenas em último caso, ou seja, em caso de insolvência (e não impontualidade) do devedor.

Levar a teoria unitária a suas últimas consequências implicaria admitir a desconsideração apenas em caso de falência da sociedade, na hipótese em que, mesmo depois de levantados os bens, ainda assim o patrimônio não fosse suficiente ao pagamento das dívidas. Isso tudo é decorrência do fato de que para a teoria unitária fundamental é a tutela da personalidade jurídica e, por consequência, do próprio devedor. Esse desdobramento, por mais esdrúxulo e incompatível com a teoria da desconsideração que possa parecer, é consequência necessária da aplicação da teoria unitarista.

Tanto isso é verdade que no ordenamento italiano, fortemente influenciado pela teoria unitarista, essa foi a solução adotada para a sociedade unipessoal. Como já visto, o artigo 2.362 do *Codice Civile* prevê, para o caso de redução da sociedade a um só sócio, a responsabilidade ilimitada do sócio único em caso de falência.

O relacionamento necessário entre desconsideração e falência levanta certos problemas que devem ser considerados. Surge em primeiro

15. Cf. F. Galgano, “Struttura logica”, cit., pp. 609 e ss.

lugar a questão da proteção dos interesses dos credores particulares. Pergunta-se: não seria mais justo realizar a *par conditio creditorum* também com relação aos credores particulares do sócio?¹⁶

Em caso de resposta positiva, uma série de outras indagações se seguiriam. Por exemplo: em que posição na lista de credores entrarão os credores particulares do sócio?

Raciocinando do ponto de vista da análise econômica do direito, poder-se-ia argumentar que aqueles credores que negociaram com a sociedade e tinham como garantia o seu capital exigiram para isso o pagamento de uma taxa de risco (risco de insolvência na sociedade), e que consequentemente não é correto que sejam privilegiados com relação aos credores particulares que não tiveram tal benefício. Pode-se ainda argumentar que isso não se aplica aos credores não negociais, sobretudo aos credores por débitos trabalhistas, e ao fisco, com relação aos quais não foi *negociada* qualquer taxa de risco (até por que isso seria materialmente impossível).

A solução, portanto, pareceria caminhar para o reconhecimento do privilégio de débitos fiscais e trabalhistas também com relação aos credores particulares do sócio. Esse privilégio não poderia beneficiar, no entanto, os credores quirografários. Nesse caso, correr-se-ia o risco de haver desencadeado uma sucessão de processos de insolvência sem qualquer resultado prático, pois é bem possível que em presença dos credores particulares os credores sociais resultassem tão insatisfeitos quanto ocorreria caso não tivesse sido desconsiderada a personalidade jurídica.

Esse tipo de argumentação esbarrava em alguns obstáculos no sistema brasileiro. O sistema falimentar brasileiro, diferentemente do italiano, não reconhecia a possibilidade de declaração de falência sem insolvência (ou impontualidade) própria do devedor. O artigo 5º do diploma falimentar revogado (Decreto-lei 7.661, de 12 de junho de 1945) previa que sequer os sócios ilimitadamente responsáveis poderiam ser formalmente declarados falidos em caso de falência da sociedade. Dispunha também que se estenderiam a eles os efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência, o que na prática implicava que os bens pessoais dos sócios também fossem arrecadados.¹⁷ A atual Lei de Recuperação de

16. Cf., nesse sentido, A. Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 536.

17. A inconsistência da norma que aplica aos sócios os efeitos da falência foi criticada, aliás, por W. Ferreira, que chegou a fazer proposta de modificação do dis-

Empresas e Falência (Lei 11.101, de 9.2.2005) prevê, em seu artigo 81, a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis em caso de falência da sociedade e a sujeição deles aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à falida, o que torna, ao menos em teoria, a eles aplicável a ideia de universalização da falência na direção também dos credores pessoais.

Quanto aos sócios de sociedade com responsabilidade limitada, doutrina e jurisprudência eram uníssonas ao afirmar a impossibilidade de arrecadação dos bens do sócio (ou, na eufemística expressão do legislador, “extensão dos efeitos da falência ao sócio”).¹⁸

A desconsideração não costumava ser admitida durante a falência exatamente com base na vedação da extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável. Exige-se que a massa falida faça valer os seus direitos através de processo de conhecimento.¹⁹⁻²⁰

Pelos motivos acima expostos, essa interpretação parece bastante correta. Não se pode dizer o mesmo com relação à justificativa encontrada. A desconsideração não é admissível na falência, não porque não seja possível a extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável. Em caso de desconsideração, o sócio de responsabilidade limitada é equiparado ao sócio de responsabilidade ilimitada.

A desconsideração poderia relacionar-se com a falência também em caso de insolvência própria do sócio. É bastante provável que a soma de agressões a seu patrimônio pessoal decorrentes do reconhecimento a vários credores da possibilidade de acesso direto a essa massa patrimonial exigisse a decretação de sua insolvência civil. A ocorrência de tal evento é, aliás, bastante provável na medida em que, como se verá mais adiante, uma das particularidades da aplicação da doutrina da desconsideração é que a fraude é caracterizada por uma atividade e não necessariamente por um ato específico. Assim é, em muitos casos, bastante difícil admitir

positivo por um outro que previsse expressamente a declaração de falência do sócio, projeto que, no entanto, não foi aprovado (cf. R. Requião, *Curso de direito falimentar*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 46-47).

18. Cf. TJGB, 22.2.1973, *apud* R. Requião, *Curso de direito falimentar*, cit., p. 50.

19. Decisão cit., nota anterior.

20. No estado atual do direito positivo e da jurisprudência brasileira, pode-se afirmar que o sócio único (de sociedade unipessoal limitada ou de sociedade por ações que não seja subsidiária integral) deveria, *de lege lata*, ser enquadrado entre os sócios ilimitadamente responsáveis, sendo-lhe portanto estendidos os efeitos da falência da sociedade (inclusive com arrecadação de seus bens).

a desconsideração somente com relação a um credor, já que ao não pagamento de sua dívida não pode ser relacionado qualquer ato específico.²¹

O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconsideração é, como se verá, um método para permitir exatamente a continuação da atividade social.

A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência seria a imposição aos credores de uma difícil escolha: a tentativa de receber o seu crédito excluiria necessariamente a continuação da sociedade e das relações comerciais.

Mais grave que isso é que em tal dilema encontrar-se-iam apenas aqueles credores mais interessados na continuação das relações com a sociedade. Isso porque, esses credores – via de regra fornecedores – são em geral credores quirografários, sem garantia. Os credores com garantia real, geralmente bancos, não precisam fazer uso da desconsideração, pelo simples fato de gozarem de garantias reais ou pessoais.²²

21. Em termos civilísticos, pode-se dizer, portanto, que a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica independe da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o não recebimento do crédito pelo devedor – daí a impossibilidade de confusão entre desconsideração e responsabilidade extracontratual.

22. É preciso reconhecer que não é incomum a descoberta de elementos justificadores da desconsideração após a abertura do processo de recuperação ou mesmo falimentar. Assim, a jurisprudência tem se movido corretamente no sentido de admiti-la durante o processo falimentar, desde que respeitado o devido processo legal, e presentes os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil. Os seguintes julgados exemplificam esse posicionamento jurisprudencial: “Esta Câmara, na esteira de julgados do STJ (REsp 228.357-SP, Ministro Castro Filho, publicado em 2 de fevereiro de 2004; RMS 16.274-SP, Ministra Nancy Andrighi, publicado 2 de agosto de 2004), tem admitido a desnecessidade de ação autônoma, isto é, à parte do processo falimentar em curso, para a responsabilização dos sócios da falida, ou de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico legalmente ou de fato, sem, contudo, abrir mão do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF). Neste sentido, os acórdãos por mim relatados, nesta Câmara, no AI 475.195.4/3 e AI 633.477.4/1, julgados, respectivamente, em 25 de abril de 2007 e 18 de agosto de 2009, com votos vencedores dos segundo e terceiros juízes. Embora não esteja sendo questionada a legitimidade do Ministério Público para requerer a extensão da falência a terceiros, ambos os acórdãos mencionados a admitiram” (TJSP, AI 0280900-74.2009.8.26.0000, Rel. Des. Lino Machado, j. 1.2.2011); “Agravo de Instrumento. Falência. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para atingir o patrimônio particular de sócios de responsabilidade limitada, pode ser declarada incidentalmente no processo de falência, desde que observada a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, devendo ser comprovados os requisitos do art. 50 do Código Civil. Não ob-

Ainda um aspecto deve ser recordado. A vinculação do insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal é sem dúvida um *custo muito alto* que desincentiva a atividade empresarial. Se a posição político-jurídica do ordenamento é de reforço da proteção dos credores, isso deve ser feito através de formas que impeçam que se atinja a situação falimentar e não de formas que associem à assunção do risco empresarial a possibilidade de ruína pessoal.²³ Também por isso parece criticável a solução italiana, que fez com que necessariamente, ainda que em ausência de fraude, a falência da sociedade unipessoal implique agressão aos bens do sócio único. Uma disciplina da desconsideração que sancione eficazmente o sócio que se utilize da sociedade para atingir objetivos pessoais, prevenindo e até certo ponto ajudando a impedir a chegada à situação de insolvência (frequentemente provocada por essa indissociação interesse social/interesse pessoal) é sem dúvida mais útil também do ponto de vista do devedor.

4. A teoria dos centros de imputação

Essa segunda corrente doutrinária, hoje dominante principalmente na Alemanha, talvez devesse ser denominada *antiunitária*. Isso porque o seu surgimento remonta a uma crítica, mais precisamente a uma recensão ao trabalho de R. Serick, publicada pelo Prof. Müller-Freienfels no ano de 1957. Nesse trabalho, o autor afirma que o esquema regra/exceção de Serick erra ao ver na personificação jurídica, e conseqüentemente no seu contrário, a desconsideração, um fenômeno unitário. Para ele,

servados os princípios constitucionais impõe-se a anulação da decisão e a revogação da ordem de constrição dos bens particulares dos sócios. Agravo provido” (TJSP, AI 990.10.399532-5, Rel. Des. Pereira Calças, j. 14.12.2010); e “A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, não pode decorrer da simples constatação da insuficiência do patrimônio social, para responder pelas obrigações da falida. Indispensabilidade da prova do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para aplicar-se *disregard teory*. Agravo improvido” (TJSP, AI 990.10.219657-7, Rel. Des. Pereira Calças, j. 23.11.2010).

23. Solução diametralmente oposta a essa é a do legislador paraguaio, que preferiu limitar a possibilidade de assunção de risco, prevendo no artigo 25 da *ley del comerciante* (v. nota 4) que a empresa deverá ser dissolvida quando tiver perdas acumuladas de mais de 50% de seu capital ou quando o capital tenha sido reduzido ao mínimo legal estabelecido pelo artigo 21. Trata-se de solução que, optando pela limitação do risco, evidentemente diminui a possibilidade de reerguimento da empresa e restringe a própria atratividade do instituto (talvez tanto quanto a não limitação de responsabilidade).

respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina.²⁴

Esse posicionamento permite uma visão menos rígida da desconsideração, que passa a incluir não apenas situações de fraude, mas, também, quando necessário, situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. A desconsideração não é, portanto, apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas também uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas (*Regelungstechnik*) que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos.²⁵

A teoria de Müller-Freienfels postula não apenas um maior pluralismo externo na aplicação diferenciada das normas, mas também um pluralismo interno, com uma avaliação diferenciada dos diversos tipos de sociedade. Defende assim um tratamento diferenciado das pessoas jurídicas segundo as diversas funções econômicas que desempenham.²⁶⁻²⁷

24. Cf. W. Müller-Freienfels, "Zur Lehre", cit., p. 536: "Denn es geht ja immer um die Frage, ob und inwieweit eine bestimmte Norm in dem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihren Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist. Auch dann, wenn man die für den konkreten Fall charakteristischen Einzelheiten herausgearbeitet hat, darf man sich nicht zu verallgemeinernden Antworten verleiten lassen (...)".

25. Cf. P. Behrens, "Der Durchgriff über die Grenze", in *Rabels Zeitschrift*, 1982, pp. 308-314.

26. W. Müller-Freienfels, "Zur Lehre", cit., p. 532: "Die Einmangesellschaft, die aus Gründen der Haftungsbeschränkung betrieben wird, verdient nicht mit einer Familien GmbH gleichbehandelt zu werden, die als Erbengemeinschaft ein ererbtes Handelsunternehmen fortführt. Diese Familiengesellschaft wiederum muss wieder anders bewertet werden, wenn sie einen oder mehrere Geldgeber als Mitgesellschafter aufnimmt. Von dieser sich zur 'normalen' GmbH entwickelnden Einheit ist schliesslich die GmbH als Verwaltungseinheit eines grossen Konzerns oder als Verkaufseinheit eines Syndikats zu unterscheiden usw." ("A sociedade unipessoal, utilizada em função da limitação de responsabilidade, não pode receber tratamento indiferenciado de uma sociedade familiar, que como comunidade de herdeiros sucede o empreendimento comercial herdado. Essa sociedade familiar, por sua vez, deve ser avaliada diferentemente quando ela aceita um ou mais prestadores de capital como sócios. Finalmente deve também ser diferenciada a GmbH normal da sociedade utilizada como unidade administrativa de um grande grupo ou então como unidade de vendas de um sindicato").

27. É interessante observar que, quanto à sociedade unipessoal, as posições de Serick e Müller-Freienfels representam na realidade a transposição para um am-

A teoria de Müller-Freienfels tem hoje grande aceitação doutrinária e jurisprudencial na Alemanha, podendo ser considerada dominante.²⁸

Controvertida é ainda sua classificação como uma teoria sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Alguns autores propõem a distinção entre problemas de mera aplicação das normas existentes no direito civil e problemas de desconsideração em sentido próprio, para cuja caracterização seria necessário que de uma forma ou de outra o princípio da separação patrimonial fosse atingido.²⁹

Na doutrina nota-se uma crescente preocupação em distinguir os casos segundo o método e as consequências jurídicas dele provenientes. Ao mesmo tempo a personalidade jurídica como conceito técnico perde importância, sendo hoje considerada como mero *Stichwort*.³⁰

É interessante observar as opiniões desses teóricos a respeito da sociedade unipessoal. Antes da *GmbH Novelle*, que como visto consagrou a possibilidade de constituição unipessoal, considerava-se a sociedade unipessoal como um problema típico de atribuição de normas. A sociedade unipessoal era, portanto, considerada não como uma esfera totalmente separada do sócio, mas, sim, como sujeita a um *variables Nor-*

biente em que já se reconhece a necessidade prática da *Einmangesellschaft*, da controversia que a corrente pandecística de Savigny e a *handels- und gesellschaftsrechtlich orientierte*, escola germanística de Gierke, tinham sustentado no século XIX com relação à unipessoalidade. O tratamento que Müller-Freienfels dá à sociedade unipessoal é muito próximo da teoria do *Sondervermögen*, e a aplicação específica da teoria da desconsideração para a sociedade unipessoal que defende corresponde, *mutatis mutandis*, à impossibilidade de permanência da *Körperschaft* em ausência de pluralidade de componentes, sustentada por Gierke. A posição unitária e o raciocínio regra/exceção de Serick avizinham-se, ao contrário, da teoria ficcionista de Savigny (cf. E. Schanze, *Einmangesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., esp. pp. 19 e 61).

28. Cf. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar zum GmbH Gesetz*, 8ª ed., Berlin/New York, de Gruyter, 1990 (1. Lieferung, Anh. 13, Rdn. 30).

29. Nesse sentido, E. Rehlinger, *Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht*, Berlin/Zürich, Gehlen, 1969, p. 108.

30. Cf. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh. § 13, Rdn. 36; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 1991, pp. 193-194; também nesse sentido, propondo a distinção hoje largamente aceita entre *Haftungsdurchgriff* e *Zurechnungsdurchgriff*, v. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, München, Beck, 1980, pp. 221 e ss. O primeiro termo é empregado para os casos de *Missbrauch* (fraude), entendida no sentido objetivo, e o segundo, nos casos de imputação de normas. O primeiro tem caráter eminentemente sancionatório, enquanto no segundo prevalece o perfil regulamentar.

manwendungskonzept, ou seja, como um ente dotado de individualidade própria, dependendo do escopo da norma a ser aplicada.³¹

Depois da admissão da constituição unipessoal, a sociedade unipessoal deixou de receber um tratamento metodologicamente distinto. Não se trata mais de um caso paradigmático de atribuição de normas, sendo ao contrário incluída no tratamento geral da desconsideração, ainda que continue a merecer tratamento especial na casuística da desconsideração.³²

5. Resultados aplicativos: a casuística

5.1 Desconsideração atributiva

Com essa expressão procura-se traduzir o mais fielmente possível a aplicação da teoria da desconsideração de modo a permitir a aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador.

São os seguintes os casos mais típicos de desconsideração atributiva (*Zurechnungsdurchgriff*):

– 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,³³⁻³⁴

31. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., § 13, Anh. 1, Rdn. 41-42, E. Schanze, *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 15.

32. Interessante é notar que Mertens, no seu comentário precedente à *GmbH Novelle* (*Hachenburg Grosskommentar*, 1979), intitulava o Anh § 13 *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung*, enquanto no comentário posterior (*Hachenburg Grosskommentar*, 1990) o título passou a ser *Durchgriffhaftung*.

33. Cf. Emmerich, *Scholz Kommentar zum GmbH Gesetz*, 7ª ed., Köln, Schmidt, 1986, cit., § 13, Rdn. 72; G. Hueck, *Baumbach-Hueck Kurz-Kommentar zum GmbH Gesetz*, München, Beck, 1988, § 13, Rdn. 16, p. 199.

34. Existe interessante exemplo de aplicação desse princípio na jurisprudência brasileira. Trata-se da decisão que revogou outra concessiva da concordata de uma empresa, transformando-a em falência, com base na falta de idoneidade do controlador, afirmando que “a não idoneidade do controlador contamina de descrédito o pedido de moratória da controlada”. No caso, além da inexistência dos requisitos econômicos para a concordata, foram levados em conta os fortes indícios de que o controlador, através da concordata de empresa *holding* por ele controlada, pretendesse pôr a salvo ações adquiridas com cheques sem fundos (v. *RT* 657/86, TJSP, acórdão de 25.4.1990).

– 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,³⁵

– conhecimentos do sócio podem, em certos casos, ser atribuídos à sociedade. O caso típico de aplicação dessa regra decorre de uma peculiaridade do 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).³⁶ No Brasil, devido à inexistência de uma tal regra, o fato de o negócio 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 à sociedade (e vice-versa). É o caso das proibições de concorrência impostas ao sócio que gravam também a sociedade.³⁷

Ainda com relação à desconsideração para atribuição de normas deve-se mencionar a hipótese da aplicação à venda de todas as quotas da normativa referente aos vícios da compra e venda.

5.2 Desconsideração para fins de responsabilidade

Como já ressaltado acima com relação a essa hipótese, ao menos nos casos normais não é razoável fazer qualquer distinção *a priori* entre sociedade unipessoal e pluripessoal. Os três casos paradigmáticos que

35. Cf., comentando regra análoga contida no 123, Abs. 2 BGB, v. V. Emmerich, *Scholz Kommentar*, cit., § 13, Rdn 13.

36. Cf. E. Schanze, *Einmannsgesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 104. V. ainda V. Emmerich, *Scholz Kommentar*, cit., § 13, Rdn. 73, que considera requisito para a aquisição em boa-fé a existência de uma transferência não apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico.

37. Nesse campo, atualmente regulado pelo artigo 86 do Tratado CEE, a Corte de Justiça da Comunidade já firmou opinião de que se aplicam à sociedade filha (seja ou não unipessoal) as proibições existentes com relação à sociedade mãe (v. decisão da Corte de Justiça da CEE de 6.3.1974, n. 6-7/63, in *Foro Italiano*, IV, 1974, c. 261. No mesmo sentido, sentença do Tribunal de Catânia, de 25 de janeiro de 1977, in *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1977, p. 103).

serão tratados – confusão de esferas, subcapitalização e abuso de forma – podem se configurar tanto em uma como em outra hipótese.

A identificação dessas três hipóteses parece ligar-se intimamente a uma configuração objetiva da desconsideração. No entanto, como se verá na formulação dos requisitos para a configuração das referidas hipóteses, fez-se necessário misturar elementos objetivos e subjetivos, o que fez com que na prática não se conseguisse eliminar totalmente os inconvenientes contidos na teoria subjetiva.

A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica 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. Com relação ao primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada. Evidentemente a hipótese aproxima-se bastante dos casos de aplicação da teoria da aparência.³⁸ Na verdade, só será possível distinguir ambos os casos mais adiante, depois da definição do método de desconsideração da personalidade jurídica. Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade.³⁹

Com relação à subcapitalização, é preciso fazer a distinção entre subcapitalização simples e qualificada. Na última, o capital 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 na maioria dos casos de subcapitalização simples a desconsideração seja negada.⁴⁰

Sancionar a subcapitalização nessas hipóteses parece de um rigor excessivo. Com efeito, se o legislador não impõe obrigação de capital

38. Cf. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 224.

39. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 224.

40. Cf. E. Schulte, “Rechtsprechungübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen”, in *WertpapierMitteilungen*, Sonderbeilage, 1979, n. 1, p. 7.

mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição da sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgement rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada). Até porque, como será visto, existe remédio mais eficaz contra a subcapitalização. É muito mais conveniente nesses casos adotar uma visão realista e ampla do capital, considerando como tal todos aqueles empréstimos (e não são raros) feitos pelo sócio à sociedade em situações de crise.

Enfim, há ainda o abuso de forma. Pode-se distinguir ainda entre o abuso de forma individual e o institucional. 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 a favor de qualquer credor.⁴¹ Exatamente porque o que ocorre, como se verá mais adiante, é a desconsideração em sentido estrito (ou talvez próprio), ou seja, aquela que vai buscar seus motivos na atividade social e não em um determinado ato.

5.3 Desconsideração em sentido inverso

Esse tipo de desconsideração merece tratamento distinto, em função da peculiaridade dos princípios envolvidos e de suas conseqüências sistêmicas particulares, ainda que metodologicamente seus casos possam ser enquadrados em uma ou outra das categorias mencionadas acima.

Na doutrina e jurisprudência alemãs, a hipótese é de aplicação restrita às sociedades unipessoais. O conceito de “pertinência econômica” do patrimônio social ao sócio, formulado pela jurisprudência, aplica-se apenas quando todas as quotas pertencem a um só sócio.⁴²

41. Cf. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 228.

42. Cf. E. Schulte, “Rechtsprechungübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen”, cit., n. 1, p. 8, citando decisão do *OLG Hamburg*, de 10 de novembro de 1976.

A aplicação exclusiva à sociedade unipessoal não parece correta, principalmente tendo-se em vista sua justificativa: impedir que seja causado prejuízo aos demais sócios. Ora, na sociedade unipessoal, o prejuízo também existe. Apenas não será dos demais sócios, mas sim dos credores sociais. Aliás é exatamente a necessidade de proteção do capital social, como garantia dos credores, uma das principais razões invocadas para a limitação da desconsideração em sentido inverso. Fala-se em incompatibilidade de uma tal desconsideração com as regras societárias de conservação do capital. Por esse motivo, parte da doutrina admite a desconsideração em sentido inverso apenas quando se trata de aplicar ao sócio regras sobre *Vertrauenshaftung*, ou seja, no caso em que o sócio tenha criado a aparência de negociar em nome da sociedade.⁴³ Retorna aqui o problema da superposição entre institutos civilísticos e a desconsideração. Com efeito, a situação parece situar-se muito mais no campo da aplicação da teoria da aparência do que da teoria da desconsideração.⁴⁴

Mas esse não é o defeito de fundo de tais contestações. Na verdade, a mencionada incompatibilidade entre desconsideração em sentido inverso e conservação do capital existiria apenas se fosse constituída uma obrigação sem contrapartida. Não é o que ocorre. A contrapartida existe e consiste no benefício já auferido pela sociedade em função da transferência patrimonial que justificou a desconsideração, motivo pelo qual não é razoável que a responsabilidade da sociedade ultrapasse o valor dessa transferência.

Mesmo em relação aos credores sociais, a desconsideração em favor de um credor particular não representaria qualquer preferência.

No caso imaginado, de transferência indevida de recursos à sociedade, a simples devolução da contrapartida dessa transferência ao credor (devolução essa evidentemente limitada ao valor da transferência) não

43. V. H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh. 13, Rdn. 23 e ss., p. 583.

44. Cf. K. W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, Beck, 1971, p. 179, segundo o qual não se configura a desconsideração, por não haver modificação no polo ativo da obrigação, mas sim procura do verdadeiro devedor. O autor ressalta, no entanto, o fato de que a *Vertrauenshaftung* é mais facilmente aplicável à responsabilização do sócio por dívidas da sociedade do que vice-versa. A razão seria que, no primeiro caso, a aparência de unidade é criada pelo representante e não pelo representado, o que permite a aplicação das regras sobre a representação. Nesse caso, a aparência não seria mais meramente fática, mas também jurídica.

representaria qualquer diminuição de garantia. Nem mesmo qualquer agressão, direta ou indireta, ao capital da sociedade (já que a hipótese que se está imaginando é a de uma transferência sem contrapartida real, excluindo-se portanto, inclusive, o caso de contrapartida consistente em aumento de capital contra emissão de ações ou quotas). Não há, assim, qualquer lesão aos credores sociais.

Mas pode-se ainda perguntar: mesmo nessas hipóteses e ainda que não disponha o sócio de qualquer patrimônio pessoal livre, tudo não se resolveria através da hoje largamente admitida penhora da participação social do sócio (quotas ou ações)?⁴⁵ Essa não substituiria a desconsideração?

A resposta decorre diretamente das considerações anteriores. O interesse do credor é o recebimento de seu crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas de uma sociedade a respeito da qual não tem qualquer informação. Mesmo o exercício do direito de retirada (*dissolução parcial*) admitido em alguns casos pela jurisprudência pode não ter qualquer utilidade, caso a sociedade tenha patrimônio líquido negativo. Na verdade, essa constatação contábil nada mais é do que um reflexo da diferença jurídica entre penhora de quotas e desconsideração, qual seja, respectivamente, a existência ou não de concorrência com os credores sociais. No caso de penhora de quotas, a preferência é dos credores sociais, já que o pagamento dos haveres se fez pela participação proporcional no saldo positivo do patrimônio líquido.

5.4 Desconsideração em benefício do sócio

Desconsideração em benefício do sócio ocorre nos casos de atribuição de legitimidade ao sócio único para postular em nome próprio o ressarcimento de danos sofridos pela sociedade. Dois são os requisitos necessários para sua configuração: o primeiro é que a sociedade não possa obter ressarcimento em nome próprio, o segundo, que se trate de sociedade unipessoal.

Quanto ao primeiro requisito, eloquente é a decisão do *BGH*, de 13 de novembro de 1973,⁴⁶ na qual se concede indenização ao sócio em

45. Com relação às sociedades de capitais, a jurisprudência é praticamente unânime no sentido da admissibilidade da penhora (v., por exemplo, *RT* 655/172, *TARS*, j. 29.3.1990; *RT* 645/109, 1ª *TACivSP*, acórdão de 26.6.1989, ou então *RTJ* 95/837, *STF*, j. 21.10.1980).

46. *BGHZ* 61, 380.

virtude da revogação de créditos concedidos à sociedade por um banco. O réu, mandatário do sócio único, tinha por negligência causado dano à reputação financeira do sócio único, o que havia provocado a revogação de créditos concedidos à sociedade.

Trata-se de uma construção que permite contornar a conhecida dificuldade do ordenamento alemão em tutelar danos meramente patrimoniais (patrimônio, ou *Vermögen*, segundo essa construção, é tudo aquilo que não pode ser caracterizado como objeto de propriedade).⁴⁷ Como para a sociedade seria impossível obter ressarcimento, já que o § 826 *BGB* não tutela tal tipo de dano, é necessário recorrer à desconsideração, que permite incluir entre os danos contratuais (mandato) sofridos pelo sócio, o dano causado à sociedade.

Quanto ao segundo requisito e suas razões, o *BGH* foi expresso em outra decisão.⁴⁸ O Tribunal faz uma diferença clara entre sociedade unipessoal e pluripessoal. Apenas na primeira poder-se-ia calcular como dano diretamente causado ao sócio os danos sofridos pela sociedade, porque apenas nesse caso o sócio único decide sozinho a respeito da distribuição de dividendos, tendo no final das contas o poder de decidir se deve continuar a gerir aqueles valores na forma de patrimônio separado ou, então, transferir-lhes para seu patrimônio pessoal. No caso concreto, era necessário permitir ao sócio, incapaz de trabalhar (como administrador) em consequência de um acidente rodoviário, pleitear em nome próprio ressarcimento do dano sofrido pela sociedade em consequência do abandono da gestão. A desconsideração novamente permite, portanto, incluir entre os danos materiais causados ao sócio os danos meramente patrimoniais causados à sociedade.

O *BGH* confirmou ambos os requisitos.⁴⁹ Foi concedida indenização ao sócio por danos decorrentes do abandono da gestão social decorrente de sua prisão, mais tarde revogada. Seria impossível à sociedade obter ressarcimento, já que o § 7^o da Lei das Indenizações por Condenações Penais (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen*) protege apenas o réu injustamente penalizado. Por outro lado, a legitimidade do sócio foi admitida apenas por tratar-se de sociedade

47. Cf. K. Zweigert e H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* 11, Tübingen, Mohr, 1984, pp. 340 e ss.

48. Decisão de 8 de fevereiro de 1977, in *Neue Juristische Zeitschrift*, pp. 1.283 e ss.

49. Decisão de 6 de outubro de 1988, in *Der Betrieb*, 1989, p. 371.

unipessoal, considerada verdadeiro patrimônio separado (*Sondervermögen*) do sócio único.⁵⁰ Ainda que admitida a conclusão, a justificativa não parece sustentável do ponto de vista teórico, na medida em que desconsidera a diferença existente entre patrimônio separado e forma societária, expressamente admitida pelo ordenamento alemão ao reconhecer a sociedade unipessoal.⁵¹

A aplicação de tal tipo de raciocínio ao direito brasileiro parece, no momento, de pouca utilidade. Com efeito, a jurisprudência brasileira parece muito mais inclinada a ampliar o conceito de dano do que a reconhecer formas indiretas de legitimação extraordinária (tendo em vista sobretudo o disposto no artigo 6^o CPC, que prevê a excepcionalidade da legitimação extraordinária).

No Brasil, a desconsideração benéfica para o sócio ou a sociedade parece mais útil no campo contratual, para extensão de conceitos, como o de proprietário, por exemplo, do sócio para a sociedade e vice-versa. Um exemplo está na Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal, que permite o despejo, para uso da sociedade, de um imóvel de propriedade do sócio único (estendendo-se, portanto, o conceito de proprietário que passa a ser aplicado não apenas ao efetivo *dominus*, mas também à sociedade por ele controlada, ou vice-versa).⁵²

6. Interpretação e aplicação da teoria da desconsideração no Brasil

A jurisprudência brasileira não conhece uma casuística tão rica como a acima exposta. A razão é muito provavelmente o fato de que, no Brasil, a discussão a respeito da desconsideração continua centrada no problema da essência e da função da personalidade jurídica. As soluções, mesmo sem admiti-lo, tendem sempre a um raciocínio regra/exceção. Assim, por exemplo, no pioneiro estudo de R. Requião, em que se sentem fortemente os reflexos da teoria de Serick, o autor identifica

50. "Der Kläger braucht nicht über diesen Rahmen hinaus noch dazu legen, dass seine Anteile an der Korporation durch die gegen ihn gerichteten Strafverfolgungsmassnahmen eine Wetteinbusse erfahren habe. Der Kläger hat bereits dadurch einen eigenen Schaden erlitten so dass ihn der im Gesellschaftsvermögen als seines Sondervermögens eingetretene Schaden selbst trifft" (in *Der Betrieb*, 1989, p. 376).

51. V., com opiniões semelhantes, críticas com relação a esse tipo de fundamentação, H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 239; H. J. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh § 13, Rdn. 27; C. Angelici, "Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalita giuridica", cit., p. 960.

52. Cf. a respeito F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 285.

hipóteses de desconsideração em todos os casos em que a separação patrimonial é utilizada com abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei.⁵³ No fim do seu trabalho, inclui ainda uma advertência contra o emprego exagerado da teoria, que poderia levar a “destruir o instituto da pessoa jurídica”.⁵⁴ Não é surpreendente, portanto, que seu trabalho seja invocado pela maioria das decisões que tentam limitar a desconsideração à sociedade unipessoal.

Menos evidente é o unitarismo na obra de F. K. Comparato. O autor nega a possibilidade de utilização do instituto da fraude à lei como elemento central da desconsideração, afirmando que pode ocorrer a desconsideração também a favor do sócio (v. exemplo supracitado).

Para justificar sua opinião não faz referência, entretanto, ao objetivo da norma.⁵⁵ Invoca o desvio de função da pessoa jurídica como justificativa da desconsideração. A função da personalidade jurídica seria a criação de um centro de interesses autônomo.⁵⁶ Quando esse centro de interesses não estivesse presente, a desconsideração seria a solução.

Na identificação dos critérios que caracterizam a inexistência de um centro de interesses autônomo, Comparato substitui, em uma análise na verdade semelhante àquela de Galgano, o unitarismo subjetivo, por ele mesmo criticado, por um método objetivo, mas da mesma maneira unitário. Põe o controle ao centro de sua teoria.⁵⁷ Vê nos grupos (de direito) um controle qualificado, merecedor de tutela especial. Quanto à sociedade unipessoal, a desconsideração não seria baseada em qualquer abuso, mas sim na inexistência dos “pressupostos legais da personalidade jurídica”.⁵⁸ Esses pressupostos inexistiriam na sociedade unipessoal singular – pois a lei fixa um prazo máximo para a permanência da unipessoalidade –, e na sociedade unipessoal de grupo (subsidiária integral)

53. Cf. R. Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, in *RT* 410/15.

54. Cf. R. Requião, “Abuso de direito”, cit., p. 24.

55. No caso da regra que prevê a possibilidade de despejo para uso próprio, invocada na Súmula 486, esse objetivo é claramente a proteção, a mais ampla possível, do proprietário.

56. Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 286.

57. Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 284, que afirma: “um dado porém é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É esse o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”.

58. Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 350.

em que existe a confusão patrimonial.⁵⁹ A confusão patrimonial é, aliás, o critério básico no raciocínio de Comparato para a desconsideração no caso de sociedade pluripessoal normal, não dotada de qualquer elemento *qualificativo*. Permanece obscuro como se pode, em uma tal teoria, enquadrar o exemplo supracitado da Súmula 486, típico dos defensores da teoria dos centros de imputação. Qual seria o critério a identificar o desvio de função? A verdade é que no momento que se identifica na pessoa jurídica uma função unitária, torna-se bastante difícil, pelo menos do ponto de vista teórico, flexibilizar a desconsideração.

No mesmo sentido propugnado por Comparato, orienta-se a análise de J. L. Correa de Oliveira. Em sua teoria, a análise da desconsideração como consequência de uma disfunção da personalidade jurídica é ainda mais evidente. A construção teórica da desconsideração e sua rica aplicação prática são vistas pelo autor como sintomas de uma crise de função da pessoa jurídica. Para ele, a principal função da personalidade jurídica é a separação patrimonial,⁶⁰ que por sua vez é vista como indicador da existência de um centro autônomo de interesses. Mesmo admitindo a não coincidência entre personalidade jurídica e responsabilidade limitada, identifica na limitação de responsabilidade a função básica da pessoa jurídica. Uma tal limitação da função da personalidade jurídica à separação patrimonial talvez se justifique pelo objetivo, explicitado pelo autor, de analisar a crise da pessoa jurídica apenas com relação à sociedade com responsabilidade limitada.⁶¹

Do ponto de vista teórico, Correa de Oliveira parte da negação do unitarismo de Serick, com base no raciocínio pluralista de Müller-Freienfels. Do pluralismo desse autor utiliza-se, no entanto, apenas da primeira consequência, ou seja, a necessidade de tratamento diferenciado das diversas pessoas jurídicas. Faz referência à sociedade unipessoal e aos grupos de sociedades como casos especiais, nos quais é maior o risco de confusão patrimonial.

O segundo e mais inovador aspecto da teoria de Müller-Freienfels, isto é, a crítica à concepção da personalidade jurídica como fenômeno unitário com relação a todas as normas que lhe devem ser aplicadas,⁶² não é utilizado por J. L. Correa de Oliveira. O autor nega que se possa

59. Cf. F. K. Comparato, *O poder de controle*, cit., p. 350, nota 30.

60. Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 263.

61. Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 262.

62. Cf. W. Müller-Freienfels, “Zur Lehre”, cit., p. 529.

explicar a desconsideração como um problema de imputação.⁶³ Procura, portanto, distinguir os casos em que há imputação de um fato próprio, os quais deveriam ser resolvidos através da aplicação de institutos civilísticos, da aplicação da teoria da desconsideração, em que haveria responsabilidade por débito de terceiro.⁶⁴

Chegado porém o momento de definir os casos de desconsideração em sentido próprio, Correa de Oliveira retorna ao conceito por ele anteriormente negado, admitindo que mesmo nessas hipóteses os problemas são frequentemente de imputação.⁶⁵ A única diferença real para o autor entre desconsideração e *mera* imputação de atos parece, portanto, residir no fato de que nos casos de desconsideração ocorre imputação de responsabilidade por dívida alheia, o que não se verifica nos demais casos em que há imputação de ato próprio, com relação aos quais dever-se-iam aplicar os institutos civilísticos.⁶⁶

Deixando por um momento de lado a discussão sobre a possibilidade de aplicação da teoria dualista à desconsideração (o que se fará mais adiante), é importante ressaltar que permanece pouco claro o motivo da utilização dessa teoria por Correa de Oliveira. Com efeito, é ele próprio que aponta, no processo de desconsideração, um modo de fazer prevalecer a “realidade sobre a aparência”, identificando a pessoa que “realmente está a agir”.⁶⁷ Trata-se de afirmação muito mais próxima à

63. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 610: “Desde logo, portanto, não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato”.

64. Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., pp. 610-612.

65. Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 613, nota 82, onde afirma: “Os problemas ditos de ‘desconsideração’ envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?”.

66. O que parece ficar claro nos seguintes trechos:

“Para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista da obrigação: a responsabilidade subsidiária por dívida alheia” (p. 610).

“Se essa separação não é escrupulosamente mantida, poderá haver caso de imputação de ato ao controlador da sociedade – para fins de responsabilidade civil – ou mesmo (se em autêntica técnica desconsiderante) de mera imputação de responsabilidade por dívida alheia sendo a dívida da sociedade e a responsabilidade (subsidiária) do controlador” (p. 611).

67. Cf. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 613.

imputação de uma atividade a uma determinada pessoa do que da responsabilidade sem dívida propugnada pela teoria dualista.

Na jurisprudência, fazem-se sentir fortemente as influências dessa impostação funcional-unitária da doutrina. Característico da jurisprudência brasileira é o valor paradigmático atribuído à pessoa jurídica, que fez com que a separação patrimonial seja frequentemente reafirmada e sua desconsideração só seja admitida em presença de previsão legal expressa ou de comportamentos considerados fraudulentos.⁶⁸ As decisões brasileiras não são, conseqüentemente, classificáveis segundo o tipo de atuação a justificar a desconsideração (confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma), mas segundo o fundamento jurídico invocado para fundamentar a não consideração da personalidade jurídica societária. Os casos mais recorrentes de desconsideração para fins de responsabilização são basicamente de dois tipos. Um primeiro grupo fundamenta a desconsideração em dispositivos legais: é o caso da desconsideração prevista na legislação trabalhista, a favor dos trabalhadores, e no Código Tributário Nacional, em favor da Fazenda, por débitos tributários da sociedade.⁶⁹ Incluem-se ainda nesse grupo aquelas decisões que, no

68. Cf., v.g., acórdãos do 1º TACivSP, respectivamente de 14.8.1973 e de 29.8.1973, in *RT* 456/151 e 457/141; preocupa-se em afirmar o valor da personalidade jurídica também o principal defensor da teoria legalista da desconsideração, segundo o qual a desconsideração só seria possível em presença de disposição legal expressa. Cf. C. Ramalhe, “Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica”, in *RT* 586/9.

69. Com relação aos débitos fiscais, a responsabilidade funda-se no artigo 135 do Código Tributário Nacional. A interpretação tradicional era no sentido de restringir a aplicação do dispositivo aos casos de dissolução irregular e comprovada fraude do sócio-gerente. V. TJSP, j. 17.4.1990, in *RT* 654/95; 1º TACivSP, j. 19.6.1987, in *RT* 620/122, expresso: “a penhora em bens particulares dos sócios só deve ser feita quando presentes condições excepcionais justificadoras (inexistência de bens da sociedade, conduta lesiva ao patrimônio alheio, dissolução irregular da sociedade, etc.). A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio”; v. também, nesse sentido, C. C. Orcesi da Costa, “Responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade”, in *RDM* 56/64.

Posteriormente, o legislador tributário orientou-se no sentido de estender a aplicação do dispositivo, definindo impostos cujo simples não recolhimento implicaria a responsabilização. É o caso da Portaria 99, de 5 de fevereiro de 1980 (*DOU* de 5.2.1980): “são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos débitos decorrentes do não recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Renda (IR) descontado na fonte (Decreto-lei 1.736, de 20 de dezembro de 1979, art. 8º)”. A jurisprudência incluiu, ao lado do IPI

campo da responsabilidade civil, procuram um fundamento legal no sistema civilístico para justificar a desconsideração. Recorre-se às regras

e do IR, as contribuições previdenciárias (v. STJ, j. 17.6.1992, in *RSTJ* 36/306, em que se responsabiliza o diretor presidente de uma sociedade anônima pelo referido débito).

A fundamentação desse tipo de decisão é que a infração à lei, mencionada no artigo 135 do CTN, caracteriza-se já no não recolhimento do imposto. É evidente que tal princípio, para que não implique um princípio geral de responsabilidade objetiva dos sócios (e diretores), incompatível com a regra geral de limitação de responsabilidade, deveria ser aplicado exclusivamente com relação ao(s) sócio(s) e/ou diretor que praticou o ato em infração à lei, ou seja, que determinou o não pagamento. Não é essa, no entanto, a tendência jurisprudencial. Em acórdão de 28.12.1988, o Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Cam.) responsabilizou todos os sócios pelos débitos tributários, com base exclusivamente no fato de que uma alteração contratual não tinha sido registrada, transformando portanto a sociedade em irregular (*RT* 639/78) – e note-se que aqui a referência é a qualquer tipo de tributo e não apenas aos mencionados acima.

Também o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento que, se confirmado, implicaria importante restrição ao princípio da limitação de responsabilidade nas sociedades com responsabilidade limitada: “assim, mesmo que dissolvida legalmente a sociedade, as obrigações remanescentes permanecem, mormente quanto ao fisco, sob responsabilidade dos sócios” (j. 5.8.1991, in *RT* 677/231).

Entretanto, tais tendências jurisprudenciais foram afastadas mais recentemente. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão ao afirmar, em diversos acórdãos, que a responsabilidade tributária do sócio-gerente não depende apenas do não recolhimento do imposto. Nesse sentido, v. alguns julgados: “É dominante no STJ a tese de que o não recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes” (AgRg no REsp 346.109-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.3.2002); “Os sócios-gerentes são responsáveis, por substituição, pelos créditos referentes a obrigações tributárias decorrentes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, ou quando tenha ocorrido a dissolução irregular da sociedade, comprovada, porém, a culpa. 2. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal” (REsp 724.077-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 20.10.2005); “Tributário. Execução Fiscal. Redirecionamento para o Sócio-Gerente. Art. 13 da Lei 8.620/93. Matéria decidida pelo Acórdão Recorrido sob Enfoque Constitucional. Art. 135, III, do CTN. Dissolução Irregular da Sociedade. Inadimplemento da Obrigação de Pagar Tributos. (...) 2. Se o Tribunal de origem se manifestou expressamente pela ausência de indícios da dissolução irregular da sociedade, a análise da violação ao art. 135, III, do CTN, importaria no revolvimento de aspectos fáticos e probatórios, o que é vedado no âmbito do recurso especial, consoante o enunciado contido na Súmula 7/STJ. 3. O mero inadimplemento tributário não configura violação à lei apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios. Precedentes” (REsp 836.668-PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 3.8.2006); e “1. A orientação da Primeira

sobre a nulidade, a anulação e o fim ilícito, contidas no Código Civil.⁷⁰ Nesse tipo de decisão a sociedade unipessoal é usada como âncora para os casos de desconsideração. A desconsideração é admitida por ser a sociedade tida como fictícia, com base normalmente na insignificância das participações remanescentes ou na existência de ligações de parentesco entre sócios majoritário e minoritário. A desconsideração, nesse caso, é baseada na impossibilidade legal de exercício do comércio em nome individual com limitação de responsabilidade.⁷¹

O segundo grupo de casos é aquele em que não existe qualquer fundamento legal – nem mesmo a analogia com a sociedade unipessoal –, a “ancorar” a desconsideração. Nessa hipótese, procura-se demonstrar a existência de abuso ou fraude à lei no comportamento do sócio majoritário.⁷² Finalmente, última característica da jurisprudência analisada é a pouquíssima frequência da desconsideração das sociedades anônimas.⁷³ Tal postura é criticável. Como se verá mais adiante, a dife-

Seção do STJ firmou-se no sentido de que, se a Execução Fiscal foi promovida apenas contra pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o referido sócio agiu com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou que ocorreu dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN” (REsp 1.217.705, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.12.2010).

Com relação às dívidas trabalhistas, existe a possibilidade, expressamente prevista em lei, de responsabilização das demais sociedades componentes do grupo (de fato) – artigo 2º, § 2º, CLT. Além disso, a jurisprudência, seguindo os passos das decisões exaradas em matéria tributária, tem permitido a responsabilização dos sócios, até mesmo independentemente da demonstração de fraude. V., nesse sentido, R. M. B. Carvalho, “Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por quotas de responsabilidade limitada”, in *RDM* 73/27, com referências jurisprudenciais.

70. Cf. C. Ramalheite, “Sistema da legalidade”, cit., p. 13.

71. V. acórdão de 8.5.1984, do TJRS, in *RT* 592/172; 1ª TACivSP, acórdão de 25.6.1985, in *RT* 599/133.

72. Critério para identificação do abuso é frequentemente a confusão patrimonial (v. acórdão de 3.3.1982, do 1ª TACivSP, in *RT* 560/109); com fundamento na fraude à lei superou-se a personalidade jurídica da sociedade e responsabilizou-se pessoalmente o sócio que tinha emitido um cheque sem fundos em nome da sociedade (v. TJRS, 5.4.1990, in *RT* 654/182). É importante notar que nesse caso se fala em desconsideração para atribuição de responsabilidade em via principal, e não subsidiária, ao sócio único.

73. Em jurisprudência, diferencia-se frequentemente entre sociedade anônima e sociedade por quotas, dando-se claramente mais força ao princípio da limitação de responsabilidade na primeira do que na segunda forma. É o caso da referida decisão in *RT* 639/78, em que os sócios foram responsabilizados sob alegação de que em se

renciação das regras de responsabilidade segundo os tipos organizativos baseia-se na recíproca complementaridade entre regras organizativas e regras de responsabilidade. Isso fez com que, onde menos presentes as primeiras, mais devam estar as últimas. A maior abrangência das regras organizativas nas sociedades anônimas poderia no máximo justificar a não aplicação a elas de critérios objetivos de desconsideração. Entretanto, não permite afastar em absoluto a desconsideração (como parece ocorrer pela pouquíssima frequência dos casos), sobretudo em caso de atividade irregular ou fraudulenta.

É preciso notar, antes de concluir a análise da desconsideração no Brasil, que a reforma do Código Civil⁷⁴ introduziu definição de desconsideração da personalidade jurídica que contribui para colocar a questão da desconsideração em moldes teóricos mais corretos. O artigo 50 do Código Civil dispõe que “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 administrados ou sócios da pessoa jurídica”.

Evidentemente, a desconsideração é reduzida às hipóteses de responsabilidade patrimonial. Há, no entanto, possibilidade de seleção e imputação de relações obrigacionais específicas para aplicação da teoria. Há, portanto, aparente recepção conjunta das teorias unitária e pluralista. Para entender como isso é possível, é necessário separar o problema da desconsideração de seu método.

7. A desconsideração da personalidade jurídica como problema e como método

As perplexidades geradas pela discussão acima são, na verdade, fruto de uma confusão conceitual. Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, é necessário distinguir o *problema do método*.

tratando de sociedade por quotas, que tem natureza pessoal (sociedade de pessoas), a inexistência de registro de alteração contratual transforma a sociedade em irregular – afirmação cuja coerência lógico-sistemática é impossível captar, já que a falta de registro tem como consequência a não produção de efeitos perante terceiros e não a transformação de uma sociedade já constituída em irregular.

74. O Código Civil foi instituído pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor a partir de 10 de janeiro de 2003.

O *problema* da desconsideração é algo muito mais amplo que o *método* e surge sempre que se trata de imputar certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal.⁷⁵ A razão dessa definição em modo aparentemente mais abrangente do problema da desconsideração está na noção *não essencialista* de pessoa jurídica *supra* adotada. A doutrina mais moderna já afirma, aliás, que, com relação à pessoa jurídica, juízos de essência não permitem identificar resultados aplicativos específicos.⁷⁶ Essa constatação não deve conduzir a uma posição relativista, mas apenas a admitir que existe um problema de desconsideração sempre que se trata de imputar uma norma ao sócio ou à sociedade sem que esses sejam seus destinatários específicos.

Se hoje é largamente reconhecido que pessoa jurídica e responsabilidade limitada não são conceitos necessariamente coincidentes, é preciso admitir que qualquer tipo de discussão a respeito da imputação de direitos e obrigações (e não apenas da responsabilidade patrimonial) implica investigar os limites de cada *centro de imputação* e, consequentemente, a respectiva possibilidade de desconsideração.⁷⁷

75. V., a respeito da distinção entre *problema e método*, o que diz K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 194: “Wer Durchgriffsprobleme zu lösen vorgibt, indem er Rechtsträger im entscheidenden Moment ausblendet, verstösst ohne Not gegen das Gebot juristischer Seriosität. Die Differenzierungsmöglichkeiten des geltenden Rechts sind so gross, das Durchgriffsprobleme in aller Regel ohne die Durchgriffsmethode bewältigt werden können. Ob dann der eine oder andere Betrachter die so gefundene Ergebnisse doch als ‘Durchgriff’ bezeichnen will, weil ein Durchgriffsproblem gelöst worden ist, ist dann nur noch ein terminologisches Problem und kein Sachproblem mehr”; no mesmo sentido H. G. Mertens, *Hachenburg Grosskommentar*, cit., Anh. § 13, Rdn. 36: “Verbindet sich mit dem Wort Durchgriff weder ein normativ bedeutsamer Argumentationsgrundlage noch eine in ihre Voraussetzungen oder Folgen definierte juristische Operation und sind die möglichen Fölle einer Relativierung der juristischen Person so vielfältig, dass ihre Systematisierung von einem bestimmten Prinzip her nicht möglich erscheint, so kann dem Begriff des Durchgriffs heute nicht mehr eine Stichwortfunktion zugewiesen werden”.

76. Nesse sentido, v. C. Angelici, “Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica”, cit., p. 498.

77. Não parece aceitável, nesse ponto, a posição de J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., pp. 608 e ss. (em especial p. 612), que limita a desconsideração aos casos de imputação de responsabilidade. O próprio autor está, aliás, consciente da não coincidência entre responsabilidade limitada e personalidade jurídica, não apenas nos sistemas por ele caracterizados como maximalistas (Itália, Alemanha), onde apenas as sociedades de capital com responsabilidade limitada têm personalidade, mas sobretudo em sistemas minimalistas como o Brasil, onde a personalidade jurídica é atribuída a todas as sociedades, com ou sem responsabilidade limitada (p. 261). Sua definição do problema da desconsideração torna-se portanto aplicável

Dessa maneira, constituem problemas de desconsideração da personalidade todos os casos de imputação, como, por exemplo, o contido na Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal, que considera uso próprio o uso a ser feito pela sociedade controlada pelo proprietário do imóvel. O mesmo se pode dizer com relação aos casos de aplicação de institutos civilísticos, como a teoria da aparência. Sem dúvida, está-se diante de um problema de imputação de uma obrigação a um sujeito diferente do formalmente participante do ato. Coloca-se assim um problema de desconsideração, ainda que sua solução não seja societária.

Coisa diversa é o “método” de desconsideração da personalidade jurídica. Esse é dotado de pressupostos específicos de aplicação. Com relação a ele, não é possível misturar questões de responsabilidade e de imputação. Essas últimas referem-se, o mais das vezes, a situações potencialmente conflituais (v., *supra*, o item a respeito da desconsideração atributiva). Ora, fazendo-se uma avaliação preventiva (e não sancionatória) dos interesses a proteger, verifica-se que é possível configurar apenas duas situações: ou existe um interesse externo que justifique a atribuição das normas diretamente ao sócio e então é indiferente o número de sócios, bastando a situação de controle,⁷⁸ ou então não existe tal norma (ou tal interesse).

Nesse último caso, a atribuição de situações subjetivas ao sócio somente se justificará em circunstâncias em que seria irracional e formalístico presumir o contrário. E aqui a casuística demonstra que a hipótese mais comum é a sociedade unipessoal – v. por exemplo a atribuição de comportamentos, características e conhecimentos do sócio à sociedade (ou vice-versa).

A sociedade unipessoal é o exemplo clássico de aplicação da desconsideração atributiva, não porque constitua protótipo de fraude à lei, mas porque a imputação diferenciada de normas permite o *controle ex-*

apenas admitindo-se a função de máxima separação de esferas por ele atribuída à pessoa jurídica, o que, do ponto de vista positivo, é arriscado e, do ponto de vista histórico-sistemático, incerto.

78. Novamente aqui, bom exemplo está na Súmula 486, já várias vezes referida. Nela, o interesse em proteger o proprietário leva à equiparação da sociedade ao sócio que detém o controle, para fins de aplicação do artigo 8º da Lei de Luvas (Decreto 24.150/34). A referida lei foi revogada pela Lei 8.245, de 18.10.1991 que consolidou todas as regras existentes sobre locação de imóveis urbanos. O artigo 52 que regula a mesma matéria incorporou o ensinamento jurisprudencial. O inciso II admite expressamente que o uso próprio pode ser tanto do locador quanto de empresa cuja “maioria do capital social” a ele pertença.

terno da sociedade, constituindo uma verdadeira disciplina supletiva da normativa societária. Seu emprego, útil mesmo em países como a Alemanha, que dispõe de disciplina organizativa específica para a sociedade unipessoal, é imprescindível em países como o Brasil, que reconhecem a sociedade unipessoal (subsidiária integral), mas cujo ordenamento não prevê para ela qualquer disciplina organizativa especial.

Na verdade, essa aplicação nada mais é do que consequência das considerações desenvolvidas no Capítulo XIII, a respeito da relação entre organização e personalidade jurídica. O ordenamento, como visto, através da atribuição da personalidade jurídica, reconhece diversos graus de organização, atribuindo-lhes capacidade jurídica diferenciada. Seria bastante coerente o sistema que, a um grau menor de organização societária fizesse corresponder menor atribuição de capacidades. Em um ordenamento como o brasileiro, que reconhece a sociedade pessoal sem regular-lhe a organização, a desconsideração atributiva deve ser utilizada como disciplina complementar, apta a suprir a lacuna de regras organizativas. Ao fazê-lo, está indiretamente regulando a capacidade jurídica da sociedade, na medida em que imputa a titularidade de certas relações jurídicas (*i.e.*, certos direitos) ao sócio e não à sociedade.

Com relação à desconsideração atributiva, no entanto, ainda que lhe seja atribuída importância para a regulamentação da sociedade unipessoal, não há possibilidade de ser definido um método. Para ela, muito mais relevante é a importância relativa de cada norma e a razoabilidade ou não da preservação das formalidades.

Quanto às questões de responsabilidade, ao contrário, é possível e útil definir um método. Para precisá-lo, é necessário fazer certas exclusões. A desconsideração entendida como *método* não pode ser confundida com uma aplicação da teoria dualista da obrigação, ou seja, da imputação da responsabilidade a pessoa diferente do devedor.

Importante para os defensores desse tipo de equiparação é, sobretudo, distinguir os casos de desconsideração das soluções baseadas na aplicação do direito civil.⁷⁹ Não pode ser esse o caráter distintivo da desconsideração. Em primeiro lugar, do ponto de vista metodológico parece bastante incorreto definir uma hipótese legal a partir da disciplina que não se quer (ou não se pode) aplicar.

Mas existe uma razão de fundo muito mais importante. Característica fundamental da responsabilidade sem dívida é a possibilidade

79. Nesse sentido, J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise*, cit., p. 611.

de ressarcimento do sujeito obrigado a pagar perante o devedor.⁸⁰ Nas hipóteses de desconsideração aventadas, evidentemente não é possível imaginar a possibilidade de ressarcimento do sócio perante a sociedade. Até mesmo do ponto de vista equitativo. Basta pensar que, em se admitindo o regresso do sócio contra a sociedade, essa seria onerada por uma situação que teve como beneficiário apenas o acionista controlador.⁸¹

Não é esse, portanto, o elemento distintivo da desconsideração. Nela, o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato mas de uma atividade abusiva. Trata-se da *responsabilidade societária*, que não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da *atividade lesiva*. Assim, em uma sociedade isolada, a desconsideração atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou suas ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconsideração.

Nota-se, portanto, que o elemento característico do *método* de desconsideração da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na *atividade* societária e não em um determinado ato. Assim, por exemplo, na confusão de esferas no abuso de forma ou no desvio de finalidade (todos termos consagrados na definição do art. 50 do Código Civil). Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se através de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconsideração da personalidade jurídica.

Apenas na ausência de participação da organização societária aplicar-se-iam os institutos civilísticos em detrimento da teoria da desconsideração. Exemplo típico é a teoria da aparência. Ali, trata-se de ato (ou sequência de atos) atinente às relações externas da sociedade, em que não há participação da organização societária.

80. Cf. F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, p. 212.

81. A iniquidade é mais clara na sociedade pluripersonal, por causa da coexistência dos interesses dos sócios minoritários, mas existe também na sociedade unipessoal, bastando para isso admitir-se a concepção institucionalista.

Outra característica do método da desconsideração é seu caráter casuístico. A vantagem da desconsideração é exatamente a flexibilidade, que permite modelar a separação patrimonial. Uma regra geral de responsabilidade, como aquela do artigo 2.362 do *Codice Civile* italiano, pode influir sobre a caracterização tipológica da sociedade dentro do sistema societário, não sendo, no entanto, manifestação do método de desconsideração da personalidade jurídica. Evidentemente, essa avaliação casuística não pode ser feita sem parâmetros. Em forma aproximativa, pode-se dizer que os parâmetros são aqueles mesmos que foram presumidos para a atribuição da personalidade jurídica, ou seja, é necessário demonstrar, *a contrario sensu*, que a organização criada não foi suficiente para garantir a existência de um centro de decisões autônomo. Isso pode ocorrer em uma série de situações.

Não só a *fattispecie*, mas também a disciplina da desconsideração é específica. A primeira característica da disciplina, decorrente da negação do dualismo, é que o sujeito atingido pode ser responsabilizado em via principal pelo credor. É devedor e não apenas garante ou responsável. Pelos mesmos motivos, é impossível o exercício de direito de regresso contra a sociedade (ou o sócio).

A desconsideração também não implica qualquer alteração nas esferas envolvidas. Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico. Nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. Ou seja, ver na pessoa jurídica um centro de imputação de direitos e deveres, como fazem com correção os seguidores de Müller-Freienfels, permite utilizar a desconsideração como meio até mesmo de evitar um pedido de falência, preservando a empresa. É possível desconsiderar a pessoa jurídica para um determinado fim, preservando-a quanto aos restantes (o que seria inviável para os adeptos da teoria unitarista, ao menos em sua forma pura). De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé.

Finalmente, a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo. Essa característica, aliada ao supracitado caráter substitutivo da desconsideração em relação à falência, tem uma consequência importantíssima. A desconsideração não precisa ser declarada ou obtida em processo autônomo. No próprio processo de execução, não

nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade (art. 94, inc. II, da Lei 10.101, de 9.2.2005), o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). A desconsideração nesse caso, além de atender melhor aos próprios interesses do credor, que seguramente não pretenderá sujeitar-se ao concurso falimentar com os demais credores, tem consequências benéficas para a comunidade, na medida em que evita a falência.

8. Os custos da desconsideração

Em um campo como esse, parece imprescindível fazer uma análise jurídico-econômica das consequências de um método casuístico como o acima definido. Evidentemente, trata-se de verificar quais são os custos em termos de perda de segurança nas relações que um método cuja aplicação é “rare, severe and unprincipled”⁸² importa, bem como os meios para combater ou minimizar esses custos. Subsídio para esse estudo será a *análise econômica do direito*, criada nos Estados Unidos e que nos últimos anos tem sido desenvolvida também na Alemanha.

8.1 Responsabilidade limitada e livre mercado

Os estudos originais sobre os custos da responsabilidade limitada e de sua desconsideração foram feitos pela Escola de Chicago, em particular por R. A. Posner. Para ele, a responsabilidade limitada encontra sua justificativa econômica no negócio jurídico realizado entre credor e sociedade.⁸³ O credor assume o risco da responsabilidade limitada (ou da ausência de responsabilidade dos sócios), exigindo uma contraprestação por isso, consistente na taxa de risco e traduzida normalmente em juros mais elevados.

Dois são os pressupostos de tal teoria: em primeiro lugar, a plena informação de todos os agentes e, em segundo, a hipótese de que os agentes, informados, possam negociar com a sociedade.

82. A frase, com certa dose de exagero, é de F. Easterbrook e D. Fischel, “Limited liability and the corporation”, in *University of Chicago Law Review* 52/89.

83. Cf. R. A. Posner, “The rights of creditors of affiliated corporations”, in *University of Chicago Law Review* 43/501.

Posner, atento ao primeiro problema, considera necessário diminuir os custos de informação e de *supervisão* da manutenção do capital social por parte dos credores. Pensa em regras de publicidade dos atos sociais que possam permitir melhor informação para terceiros.

A admissão como dado do segundo pressuposto deriva diretamente de sua concepção liberal, que presume um mercado em concorrência perfeita e ampla possibilidade de negociação. Por isso, admite uma exceção apenas para os credores que de direito e de fato não negociaram com a sociedade, ou seja, os credores oriundos de atos ilícitos (delitos civis) praticados pela sociedade.⁸⁴

Dentro dessa perspectiva do autor, a desconsideração parece agir negativamente sobre a expectativa das partes e sobre os riscos que assumiram e pelos quais foram remunerados. Dessa forma, dever-se-ia admitir a desconsideração em benefício dos credores negociais apenas em casos excepcionais, nos quais o abuso cria um risco adicional, não previsto pelas partes.⁸⁵

O tratamento de ambos os pressupostos na teoria de Posner tem sido objeto de cerrada crítica na doutrina mais recente. Duas são as vertentes principais.

8.2 Responsabilidade limitada em situação de concorrência imperfeita

Uma primeira vertente, ainda vinculada à visão econômica liberal, aceita a justificativa principal de Posner para a responsabilidade limitada, ou seja, a livre negociação dos riscos entre as partes. Argumenta, no entanto, que a realidade dos credores que se apresentam na falência é muito diversa da imaginada pelo autor. Trata-se, em sua maioria, de credores pequenos e não profissionais, para os quais os *custos de informação* (i.e., de obtenção de informações sobre a sociedade) são muito altos e que, ainda que informados, não teriam condições de negociar com a sociedade, exatamente por seu pequeno poder de barganha.⁸⁶

A segunda e hoje predominante linha doutrinária, pelo menos em ambientes não influenciados pelas ideias liberais da Escola de Chicago, ataca a premissa básica da teoria de Posner.

84. Cf. R. Posner, “The rights of creditors”, cit., pp. 507-508.

85. V. R. Posner, “The rights of creditors”, cit., pp. 524 e ss.

86. Cf. J. L. Landers, “Another word on parents, subsidiaries and affiliates in bankruptcy”, in *University of Chicago Law Review* 43/529.

Para essa corrente, a justificativa de Posner para a responsabilidade limitada, *i.e.*, a livre negociação entre as partes, exige que sejam feitas várias distinções. A primeira, óbvia, entre credores de contrato e de delito. Mas mesmo dentro do grupo de credores contratuais, é necessário destacar dois tipos de credores que já à primeira vista não podem estar sujeitos aos princípios gerais formulados por Posner: os fornecedores, que por sua dependência da sociedade (sobretudo quando essa é de grandes dimensões) não têm condições de negociar taxas de risco; e os empregados, tratados na falência como credores, mas que são na realidade os maiores interessados na sorte da sociedade, aos quais de toda forma não é permitido negociar tal risco.⁸⁷

Mas o dado mais interessante e forte contra a teoria de Posner parece ser o prático, levantado por seus críticos. A análise evolutiva das taxas de juros bancários não demonstra uma diferença entre taxa de risco exigida pelos bancos para as sociedades com e sem responsabilidade limitada.⁸⁸

Derrubado o principal pressuposto da teoria de Posner, a livre negociação dos riscos entre as partes, resta determinar qual a justificativa da responsabilidade limitada em um sistema que admite expressamente a inexistência de um mercado em livre concorrência.

Para isso, é necessário analisar um dos pressupostos básicos da escola de Chicago para orientação das normas jurídicas, o chamado *princípio da eficiência*. Segundo esse princípio, as normas jurídicas são “eficientes quando permitem a maximização da riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico”.⁸⁹ Em termos econômicos, essa definição liberal de eficiência consiste na negação da definição de eficiência de Pareto, segundo a qual uma solução é eficiente quando traz vantagens a um dos participantes sem prejudicar os outros. O fundamento é a afirmação da insustentabilidade da definição de Pareto em um sistema de direito privado, cuja ideia básica é a autonomia da vontade e não a igualdade.⁹⁰

87. Cf. G. Roth, “Zur economic analysis der beschränkten Haftung”, in *ZGR*, 1986, p. 375.

88. Cf. “Stellungnahme von M. Lehmann”, sobre o artigo de Roth, in *ZGR*, 1985, p. 382.

89. Cf. A. Kronman, “Wealth maximization as a normative principle”, in *The Journal of Legal Studies* 9, 1980, p. 232; F. Kübler, “Effizienz als Rechtsprinzip”, in *Festschrift Steindorff*, Berlin/New York, de Gruyter, 1990, p. 694.

90. V. F. Kübler, “Effizienz als Rechtsprinzip”, loc. cit.; R. Posner, “Utilitarianism, economics and legal theory”, in *The Journal of Legal Studies* 8, 1979, pp. 116-117.

Como solução, invoca-se o teorema de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma solução é injusta apenas quando o ganho dos favorecidos supera a perda dos prejudicados e os primeiros não estão prontos a indenizar os últimos. É importante destacar que, para os defensores dessa teoria, a indenização é potencial e não necessariamente real, ou seja, basta que teoricamente haja ou possa haver indenização. Evidentemente, um teorema assim formulado é absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização de riqueza (ou eficiência).⁹¹

O argumento básico contra esse tipo de teoria é que um princípio geral de maximização de riqueza leva necessariamente à transferência de riquezas àqueles que possuem maior poder de barganha nas transações, ou seja, àqueles que já possuem riqueza. Consequentemente, a teoria da eficiência levaria à concentração de riquezas.⁹²

91. Cf. A. Kronman, “Wealth maximization”, cit., p. 238.

92. Um exemplo muito claro de Kronman demonstra a iniquidade a que pode levar a adoção de uma tal teoria: “Assume that no one owns anything, even his body or labour power, and that the rights to all these things are held in trust by an auctioneer who proposes to sell the various entitlements he holds to the highest bidder. The outcome of the auction is certain to satisfy the principle of wealth maximization since each right will be assigned to the person willing and able to pay the most for it. But how can people bid at the auction before they have any rights and therefore any wealth? Since no one owns anything, a bid can be nothing more than a promise to pay for something out of the anticipated future income which the bidder hopes to realize from its use. Let us assume the auctioneer is prepared to extend credit to each of the bidders by assigning them rights before the rights have been paid for (in the same way a seller of goods might extend credit to the buyer). Of course the amount of credit the auctioneer extend to a particular bidder bidding on a particular entitlement will depend upon the auctioneer’s estimate of the magnitude of the income which the asset in question is likely to generate if this ownership is given to the bidder rather than another”.

O resultado é que, segundo o autor, os créditos dirigir-se-ão àqueles naturalmente mais dotados. Esses seriam os resultados de seu hipotético leilão: “Even in the hypothetical auction designed to allocate rights of the most basic sort, the principle of wealth maximization works to accentuate, rather than temper, nature’s prior distribution of advantages and disadvantages. These advantages and disadvantages are not themselves entitlements. They do not become entitlements until the auction is concluded. For that reason they cannot be eliminated by simply wiping away the legal landscape and returning to the imaginary state in which no one yet owns anything at all” (p. 242).

Os resultados absurdos a que pode levar a teoria da maximização de riquezas ficam claros quando se observa que Posner admite expressamente que a própria escravidão encontra justificção, em casos extremos, na maximização da riqueza (v. R. Posner, *The ethical and political basis of efficiency norm in Common Law*, apud A. Kronman, “Wealth maximization”, cit., p. 42). A consequência seria concluir

Parece fundamental, portanto, buscar um caminho intermediário que permita aliar à eficiência a justiça distributiva.⁹³ A esse último valor deve-se atribuir obviamente muito mais importância relativa em países de acentuadas desigualdades sociais e mais ainda naqueles casos em que as consequências das diversas alternativas com relação à maximização e alocação de riquezas são incertas. Foi baseado em um raciocínio muito semelhante que o *Bundesverfassungsgericht* alemão afirmou a constitucionalidade da lei de participação operária nas empresas, afirmando em suas razões que era duvidosa e não demonstrada a perda de eficiência das empresas em função da cogestão operária.⁹⁴

Segundo essa teoria, portanto, o direito não deve assumir uma atitude neutra em relação ao mercado, mas sim nele influir, tentando minimizar os desequilíbrios existentes.

8.3 Desconsideração como forma de redistribuição de riscos

Negado o teorema de Kaldor-Hicks, desaparece a justificativa encontrada por Posner para a responsabilidade limitada. Com efeito, é o princípio da eficiência que justifica para Posner a responsabilidade limitada. Para ele, admitida a livre negociação entre as partes, prejuízos eventualmente causados aos credores pela limitação de responsabilidade encaixam-se perfeitamente na ideia liberal de maximização de riquezas.

Já em uma visão que procure equilibrar a eficiência com a justiça distributiva (elemento que para Posner, como para Smith, é obtido pela mão invisível do mercado), é preciso buscar outras justificativas para a responsabilidade limitada.

Ao contrário da teoria liberal, passa-se a ver na regra da responsabilidade limitada a exceção. Trata-se de uma exceção que leva a externalidades negativas em caso de falência, mas que se justifica na necessidade, absoluta do ponto de vista macroeconômico, de proporcionar aos agentes uma porta de saída do mercado sem custos insuportáveis (como

que a norma que impõe a escravatura é eficiente e defensável do ponto de vista jurídico.

93. Cf., nesse sentido, G. Calabresi, "About law and economics: a letter to R. Dworkin", in *Hofstra Law Review*, 1980, p. 558.

94. V. o famoso *Mitbestimmungsurteil*, de 1.3.1973, in *VerfGE* 50, pp. 290-322, comentada por F. Kübler, "Effizienz als Rechtsprinzip", cit., p. 700.

são aqueles da ruína pessoal).⁹⁵ A responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador.

Consequentemente, a desconsideração, segundo essa visão, não interfere (negativamente) em uma distribuição de riscos livremente negociada entre as partes, mas apenas redistribui os riscos, retomando a repartição desejada pelo legislador. Ou, mais claramente, a desconsideração enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de *free-rider*. Como *free-rider* define-se o agente que quer gozar das vantagens mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento.⁹⁶ O ordenamento deve intervir, conseqüentemente, para eliminar esses abusos e repriminizar a distribuição de riscos desejada.

Essa perspectiva intervencionista (que vê no direito não um corpo de regras que devam buscar a neutralidade do ponto de vista econômico, mas sim que devam influir nos desequilíbrios naturalmente criados pelo mercado) facilita a aplicação mais ampla da desconsideração. A própria desconsideração atributiva torna-se aceitável, desde que existam razões econômicas (v.g., a proteção dos interesses de grupos particularmente fracos etc.) a justificar uma diversa distribuição dos riscos (o que claramente não seria aceitável na visão liberal).

8.4 Recepção legislativa das teorias no Brasil

No Brasil, destaca-se a recepção tardia e ainda apenas parcial dessa teoria *intervencionista*, sem dúvida mais adaptável a sua realidade econômica.

A lei acionária de 1976 adotou plenamente a teoria de Posner. A responsabilidade limitada nos grupos de direito e nas sociedades unipessoais (subsidiárias integrais), desacompanhada de qualquer regra especial de organização interna ou de desconsideração, é justificada pelo

95. Cf. M. Lehmann, "Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff in Gesellschafts- und Konzernrecht – eine juristische und ökonomische Analyse", in *ZGR*, 1986, p. 352.

96. Cf. M. Lehmann, "Das Privileg der beschränkten Haftung", cit., pp. 362-363.

legislador com base na livre negociação realizada entre credor e devedor, afirmando-se que o credor normalmente exige garantias pessoais do sócio ou da sociedade controladora.⁹⁷ É pressuposta, evidentemente, a existência de um poder de negociação entre as partes. O resultado é o prejuízo da grande massa de pequenos credores que, como visto, não têm condições de negociar com a sociedade.

Apenas no Código de Defesa do Consumidor nota-se uma menor preocupação com a neutralidade das leis e sua utilização com função substitutiva (*Ersatzfunktion*) nas relações em que o mercado em si não consegue estabelecer um equilíbrio entre as partes. O artigo 28 prevê uma série de razões para a desconsideração: abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, ou liquidação da sociedade por má administração. Os §§ 2º ao 4º impõem a responsabilidade subsidiária das sociedades de grupo controladas e consorciadas pelos débitos perante o consumidor sem qualquer demonstração de culpa. Finalmente, o § 5º contém uma fórmula geral, capaz de dar liberdade ao juiz, que prevê a desconsideração sempre que a personalidade jurídica for, de qualquer modo, um óbice ao ressarcimento dos danos causados ao consumidor.

A amplitude das hipóteses é incompatível com a tese liberal, mesmo admitindo-se o reconhecimento de uma maior dificuldade de informação por parte dos consumidores. Até porque o Código amplia grandemente o acesso à informação, diminuindo fortemente seus *custos*. Se o pressuposto fosse liberal, bastariam as regras de informação, não sendo necessária a desconsideração.

Mais recentemente, como já observado, o Código Civil (art. 50) adotou definição que, bem interpretada pela jurisprudência, poderá limitar ainda mais a aplicação da tese liberal em nosso país.⁹⁸

97. V. Exposição justificativa do Ministro da Fazenda à Lei 6.404, cap. 21.

98. Os requisitos do artigo 50 têm encontrado aplicação nos tribunais brasileiros, como bem exemplificam os seguintes julgados: “Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do artigo 50 do CC/2002. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. – A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. – A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no artigo 50 do CC/2002, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. – Salvo em situações excepcio-

8.5 Os limites econômicos da desconsideração

Definiu-se acima um método de desconsideração que permite um certo grau de direção externa da sociedade. É necessário, no entanto, sistematizar os limites, todos já mencionados, sob pena de criar-se uma insegurança jurídica insuportável para os operadores econômicos.

O primeiro e mais relevante é constituído pelos próprios requisitos objetivos necessários para a aplicação da teoria da desconsideração. Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como

nais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente” (STJ, REsp 970.635, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.11.2009); “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores” (STJ, REsp 968.564, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.2008). V., ainda, REsp 744.107, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.5.2008, e REsp 876.974, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.8.2007. A atual interpretação jurisprudencial do artigo 50 do CC caminha inclusive para a sua aplicação aos casos de desconsideração inversa, desde que os requisitos de *confusão patrimonial* ou desvio de finalidade estejam presentes: “IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do artigo 50 do CC/2002, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no artigo 50 do CC/2002. Somente se forem verificados os requisitos da sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica para que o ato de desapropriação atinja os bens da empresa” (STJ, REsp 948.117, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.6.2010).

não usar da forma societária para benefício próprio. Deve, portanto, assegurar que a organização societária constitua realmente um centro autônomo de decisões, como presumido pelo ordenamento.

Mas é possível ir mais adiante. Ambas as teorias sobre a análise econômica da responsabilidade limitada são úteis para determinar os limites da desconsideração. Aqui, não se trata de preferir uma à outra, mas sim de utilizar os aspectos relevantes de cada uma delas.

Assim é que se podem individuar dois grupos de credores, cada um deles internamente heterogêneo, mas que podem sujeitar-se, sem grande risco de erro, aos pressupostos básicos de cada uma das teorias.

O primeiro grupo é composto pelos credores profissionais ou institucionais, geralmente instituições financeiras. Com relação a eles é possível pressupor a existência de livre mercado. Portanto, com relação a eles pode-se presumir a possibilidade de, com emprego da diligência normal do bom comerciante, informar-se sobre o risco envolvido na transação e, ao mesmo tempo, negociar esse risco com a sociedade. Note-se aqui que basta a possibilidade efetiva de negociação. Se realmente essa negociação existiu ou não e se realmente foi cobrada uma taxa de risco é absolutamente irrelevante para a hipótese analisada.

O segundo grupo, ao contrário, é composto de todos aqueles credores aos quais não se pode aplicar a hipótese da concorrência perfeita. Nele estão compreendidos, portanto, tanto os credores de delito, que não negociaram com a sociedade, como os credores que tiveram a possibilidade teórica mas não efetiva de informar-se sobre a situação da sociedade – ou, em termos mais técnicos: não têm o dever de informar-se em face de seus escassos meios econômicos e do alto custo da informação.⁹⁹⁻¹⁰⁰

99. Hoje parece ser conclusão pacífica a existência de diversos graus de diligência exigíveis segundo as possibilidades econômicas do sujeito. Não é mais compatível com a sociedade moderna a aplicação do grau médio de diligência do *bonus pater familias* como faziam os romanos e nem tampouco o conceito único de diligência do comerciante dos medievais.

O critério de diligência a ser aplicado depende da possibilidade econômica do agente. Esse princípio já é de há muito reconhecido na jurisprudência alemã (v. decisão do *BGH*, de 17.9.1958). Para afirmação do mesmo princípio na doutrina v. P. Buchmann, *Registerpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmanngesellschaft*, Frankfurt/Bern, Lang, 1984, que é expresso à p. 76: “Erfahrungsgemäss sehen nicht alle, insbesondere weniger geschäftsgewandte Gläubiger (Kleingläubiger), vor Geschäftsabschluss das Handelsregister ein. Das gilt vor allen bei Geschäften geringeren Umfangs. Erst den Grossgläubiger ist es als Obliegenheitsverletzung anzurechnen, wenn er sich auf die Firma verlässt und das Handelsregister nicht einsieht” (“A expe-

E também aqueles que, mesmo informados, não teriam condições de negociar com a sociedade.

Esse grupo é composto tipicamente por pequenos fornecedores e empregados. Os primeiros, sempre raciocinando-se em termos de *fattis-pecie* típica, não têm nem a obrigação nem a possibilidade de informar-se e, mesmo informados, não têm possibilidade de negociar *taxas de risco* com um cliente do qual na maioria dos casos dependem. Quanto aos últimos, claramente não lhes é possível informar-se nem muito menos negociar *taxas de risco* com os empregadores. Mesmo em presença de poderosos sindicatos, que podem fazer presumir a possibilidade de uma negociação coletiva, a íntima ligação entre sucesso da empresa e destino dos empregados faz com que a negociação de uma taxa de risco seja pouco provável. Ao contrário, a experiência demonstra que, em situações de crise, é comum a concordância dos sindicatos com mudanças desfavoráveis aos trabalhadores.

Essa distinção entre credores tem influência direta sobre a desconsideração. Em face dela pode-se sustentar uma aplicação mais restritiva da desconsideração com relação àqueles credores, como os credores institucionais (profissionais) que têm o dever de verificar a situação econômica do devedor e têm a possibilidade de negociar uma taxa de risco. O mesmo deve ser dito com relação a outros credores, se do contrato

riência demonstra que nem todos os credores, sobretudo poucos pequenos credores, verificam o registro comercial antes do fechamento do negócio. Sobretudo em caso de negócios de pouca monta. Apenas da parte do grande credor caracteriza-se o descumprimento de um dever quando ele confia na firma e não verifica os registros”).

É interessante notar que, na Alemanha, existe inclusive uma obrigação dos bancos de verificar a situação econômica do devedor nos empréstimos superiores a € 750.000 (*Gesetz über das Kreditwesen*, § 18), obrigação que inclui, segundo a doutrina, também a verificação dos registros. V. P. Buchmann, *Registerpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmann-Gesellschaft*, cit., p. 76, nota 53.

100. Uma aplicação parcial de tal princípio na jurisprudência brasileira pode ser encontrada na interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Desconsiderou-se a personalidade jurídica de uma sociedade imobiliária, com base no fato de que o nome da sociedade controladora figurava nos contratos de venda de imóveis como uma espécie de garantidora dos negócios – ao menos essa era a impressão que poderia causar aos pequenos e desinformados compradores de moradias populares (já que não havia qualquer cláusula contratual expressa que o caracterizasse como garante). Desconsiderou-se a personalidade jurídica sem qualquer indício de fraude, apenas com base na ausência dos pressupostos para a manutenção da personalidade jurídica: no caso, tendo-se em vista sobretudo a diminuta possibilidade de informação dos pequenos compradores (cf. *RT* 631/197, TJRS, j. 11.5.1988).

pode-se depreender claramente a existência de um controle prévio das condições econômicas do devedor e a assunção do risco. Nesse caso, será admissível a desconsideração apenas com base em um aumento superveniente e imprevisível dos riscos, de modo a modificar substancialmente a situação inicial.

Assim, a desconsideração não será mais do que uma repristinação da distribuição de riscos pretendida pelas partes, um caso, portanto, de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* com relação à solvabilidade do devedor. Ficaria afastada nesse caso, por exemplo, a possibilidade de desconsideração baseada em capitalização insuficiente, pois essa consistiria numa condição já existente e verificável no momento da conclusão do contrato.

Com relação ao segundo grupo, no entanto, a desconsideração poderia basear-se em qualquer fato já existente no momento da contratação ou mesmo, caso o objetivo da norma a ser aplicada justificasse, na própria utilidade de imputar uma determinada relação também ao sócio. É o caso, já exemplificado, das disposições a respeito da desconsideração constantes do Código do Consumidor.

Capítulo XV

RESPONSABILIDADE PENAL E CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA

1. As teorias sobre a pessoa jurídica e sobre a formação da vontade no seu interior: 1.1 A teoria da ficção e o contratualismo; 1.2 A teoria realista e o institucionalismo. 2. A influência dessas teorias na polêmica sobre o crime da pessoa jurídica: 2.1 O direito comparado; 2.2 A posição do direito brasileiro: 2.2.1 No direito societário: entre contratualismo e institucionalismo; 2.2.2 Crime da pessoa jurídica: reconhecimento positivo; 2.2.3 Crime de pessoa física através da pessoa jurídica: a Lei 8.137/90. 3. Conclusão.

1. As teorias sobre a pessoa jurídica e sobre a formação da vontade no seu interior

A doutrina, ao se debruçar sobre o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, costuma se limitar a considerações sobre as teorias que explicam o reconhecimento jurídico de sua existência. Refiro-me às teorias da ficção e realidade, atribuídas a Savigny e Gierke, respectivamente.

Averiguar historicamente as concepções sobre a constituição das pessoas jurídicas é um trabalho fundamental ao estudioso que pretenda indagar sobre a possibilidade de responsabilização penal e sobre o conteúdo dessa responsabilidade. Isto porque a personificação de um ente, no sentido de criação de um centro de imputação de direitos e deveres, é o primeiro passo rumo ao reconhecimento de sua responsabilidade, ainda que em termos genéricos.