

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Aline França Campos

**CONTORNOS ATUAIS DA SOCIEDADE LIMITADA:
a insubsistência da limitação de responsabilidade**

Belo Horizonte

2012

Aline França Campos

**CONTORNOS ATUAIS DA SOCIEDADE LIMITADA:
a insubsistência da limitação de responsabilidade**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Orientador: Prof.º Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C198c Campos, Aline França
Contornos atuais da sociedade limitada: a insubsistência da limitação de responsabilidade / Aline França Campos. Belo Horizonte, 2012. 211f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Sociedades limitadas. 2. Responsabilidade dos administradores de sociedades. 3. Desconsideração da personalidade jurídica. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.724

Aline França Campos

**CONTORNOS ATUAIS DA SOCIEDADE LIMITADA:
a insubsistência da limitação de responsabilidade**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Prof. ° Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (Orientador) – PUC Minas

Prof.° Dr. Jean Carlos Fernandes – PUC Minas

Prof.° Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC Minas

Prof.° Dr. Daniel Rivorêdo Vilas Boas – FUMEC

Prof.° Dr. Sérgio Roberto de Antônio – PITÁGORAS

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2012

RESUMO

As sociedades limitadas representam a maioria esmagadora das sociedades constituídas no Brasil. Assim, é possível afirmar que a atividade econômica no país é explorada, sobretudo, sob a roupagem das sociedades limitadas. Eis a importância de constantes debates em torno desses centros de exploração da atividade econômica. Tais sociedades são caracterizadas pela limitação de responsabilidade de seus sócios em relação às obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Os sócios, como estabelece o art. 1.052 do Código Civil de 2.002, possuem responsabilidade restrita ao valor de suas quotas. Apesar de tal limitação ser essencial à configuração do instituto das sociedades limitadas, o próprio Código Civil prevê inúmeras hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios. Há ainda as várias previsões legais de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, aplicadas de forma dissociada de sua base teórica. Adotou-se no ordenamento jurídico brasileiro em determinadas situações, especialmente no âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental, a teoria menor da desconsideração da personalidade. Nos termos desta teoria, bastaria o mero inadimplemento para que a personalidade da sociedade fosse afastada. Também não são raras as decisões judiciais no sentido do ataque aos bens dos sócios quando do inadimplemento de créditos trabalhistas e tributários. O Código Tributário Nacional é claro ao definir a responsabilidade pessoal do administrador. Para tanto seria preciso que tal gestor, no exercício de sua função, praticasse atos irregulares. O fisco, no entanto, frequentemente constitui credores de dívidas ativas em desfavor da sociedade e de todos os sócios. Conclui-se que, diante de tantas hipóteses de relativização da personalidade da pessoa jurídica e de responsabilização pessoal dos sócios por dívidas societárias, não haveria mais como se sustentar a existência no ordenamento jurídico brasileiro de uma sociedade limitada em que a responsabilidade de seus sócios fosse efetivamente restrita ao valor de suas quotas. O instituto da sociedade limitada não guardaria mais sua característica essencial, o que acabaria por comprometer sua própria existência.

Palavras-chave: Sociedade limitada. Responsabilidade dos sócios e dos administradores. Exceções à limitação de responsabilidade. Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

The limited liability companies represent the overwhelming majority of companies incorporated in Brazil. Thus, it is possible to say that the economic activity in the country is explored, mostly, under the guise of limited liability companies. Hence the importance of constant debates around these centers of exploitation of the economic activity. Such companies are characterized by the limitation of liability of their partners in relation to the obligations incurred by the legal entity. The partners, as established in the article 1.052 of the Civil Code of 2002, have liability restricted to the value of their shares. Despite such limitation be essential for setting the institute of limited liability companies, the Civil Code itself provides several hypotheses of personal liability of the partners. There are still several legal provisions of disregard legal entity of the company, applied dissociated from its theoretical basis. It was adopted in the Brazilian legal system in certain situations, especially in the context of consumer law and environmental law, the theory of minor disregard of legal personality. Under the terms of this theory, a mere breach would be enough for the personality of the company to be disregarded. The judicial decisions are also not rare in the sense of attacking partner's assets in case of default of payment of labor and tax credits. The National Tax Code is clear when defines the personal liability of the administrator. To do so, it would be required that such manager, in the exercise of his function, practiced irregular acts. The tax authority, however, often constitutes certificates of overdue tax liability in disfavor of the company and all its shareholders. It is concluded that, in face of so many hypotheses of relativization of the personality of the legal entity and personal liability of partners for the company's debts, there would be no way of supporting the existence in the Brazilian legal system of a limited liability company in which the partners' liability would be effectively restricted to the value of their shares. The institute of the limited liability company would no longer keep its most essential characteristic, which would ultimately compromise its own existence.

Keywords: Limited Liability Company. Liability of partners and administrators. Exceptions to the limitations of liability. Disregard of legal personality.

LISTA DE ABREVIATURAS

art. - artigo

n. - número

p. - página

v. - volume

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC/02 – Código Civil de 2.002

CDA – Certidão de Dívida Ativa

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988

CTN – Código Tributário Nacional

EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A SOCIEDADE LIMITADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS FUNDAMENTOS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS	20
3 PESSOAS JURÍDICAS: FATOR DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	28
4 SOCIEDADES LIMITADAS: TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E ÀS SOCIEDADES SIMPLES	36
4.1 Sociedades Limitadas Empresárias: regência supletiva das normas das sociedades simples e regência supletiva das normas das sociedades anônimas	41
4.2 Responsabilização pessoal dos sócios: critério para distinguir as sociedades de pessoas das sociedades de capital?	52
5 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A SOCIEDADE LIMITADA: EXTENSÃO DA RESPOSABILIDADE DE SEUS INTEGRANTES	63
6 HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS FIXADAS NO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL.....	79
6.1 Garantia de integralização de todo capital social (art. 1.052 do CC/02)	80
6.2 Responsabilidade pela exata estimação do valor dos bens conferidos ao capital social (art. 1.055, §1º do CC/02)	84
6.3 Responsabilidade do sócio que contribuir, com seu voto, para uma deliberação infringente da lei ou do contrato social (art. 1.080 do CC/02)	87
6.3.1 Responsabilidade dos sócios decorrente da dissolução irregular da sociedade	89
6.4 Cessão e Trespasse.....	94
6.4.1 Cessão.....	94
6.4.2 Trespasse.....	99
7 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS	106
7.1 Requisitos para desconsideração da personalidade da pessoa jurídica	112
7.1.1 A fraude relacionada à autonomia patrimonial.....	116
7.1.2 O abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial	117
7.1.3 Confusão Patrimonial	120
7.2 A desconsideração no Código Civil de 2.002.....	123
7.3 Desconsideração no âmbito consumerista.....	126
7.4 Desconsideração na seara do Direito Ambiental	134
7.5 A extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica	138
8 A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO	141
8.1 A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário	154

9 A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO DO TRABALHO	160
10 A FALÊNCIA DA SOCIEDADE LIMITADA E A RESPONSABILIDADE DE SEUS SÓCIOS	168
11 A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERANTE OS CREDITORES NEGOCIAIS DA SOCIEDADE LIMITADA	175
12 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS DÍVIDAS SOCIAIS	188
12.1 As repercussões econômicas da responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada	193
13 CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS	203

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo retratar os contornos atuais da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada no ordenamento brasileiro. Da forma como a questão vem sendo tratada, o instituto da sociedade limitada se desconfigurou por completo, vez que não guarda mais sua característica essencial, qual seja: a limitação de responsabilidade de seus sócios em relação às obrigações sociais.

O próprio Código Civil que estabelece expressamente a limitação de responsabilidade dos sócios de sociedades limitada ao valor de suas quotas, prevê ainda hipóteses de responsabilização pessoal dos mesmos por obrigações contraídas pela sociedade. Prevê a responsabilidade pessoal e solidária de todos os sócios pela completa integralização do capital social subscrito. Na mesma esteira, estabelece também responsabilidade solidária entre todos os sócios pela exata estimação do valor dos bens conferidos ao capital social. Por fim, prevê a responsabilidade daqueles sócios que contribuírem com seus votos para aprovação, em assembleia geral ou reunião, de deliberação infringente da lei ou do contrato social.

A descaracterização das sociedades limitadas também pode ser confirmada pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem a observância de seus requisitos teóricos. São inúmeras as hipóteses em que a personalidade da pessoa jurídica é afastada, atacando-se, assim, os bens pessoais de seus membros, sem que, no entanto, se verifiquem a fraude ou abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial da sociedade.

No âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental, adota-se, por expressa disposição legal, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Como se verá a seguir, basta que a personalidade seja obstáculo ao pagamento dos credores para que o patrimônio dos sócios da sociedade limitada responda pelas dívidas sociais. Na seara do direito do trabalho, apesar da falta de previsão legal, os Tribunais aplicam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando da mera insuficiência ou inexistência de patrimônio social, independentemente da comprovação de desvio de finalidade da sociedade.

Ainda se tratará da responsabilidade dos sócios no direito tributário. Apesar de o art. 135 do Código Tributário Nacional estabelecer requisitos para a responsabilização do sócio administrador, a Fazenda Pública emite certidões de dívida ativa – títulos que gozam de certeza e liquidez – em desfavor do administrador sem verificá-los. Emite as mencionadas certidões sem verificar previamente se o ato que deu origem à obrigação tributária foi praticado com excesso de poder, infração da lei ou do ato constitutivo da sociedade.

A legislação falimentar (Lei 11.101/2005) também estabelece responsabilidade pessoal dos sócios de sociedade limitada, a ser apurada em ação própria no juízo da falência. A responsabilização independe da prova da insuficiência de bens no ativo da sociedade para satisfação do passivo, podendo ainda o juiz determinar a indisponibilidade dos bens particulares dos sócios até o julgamento final da mencionada ação.

Diante de tantas exceções à limitação de responsabilidade dos sócios de sociedades limitadas, pode-se afirmar que as sociedades em questão não guardam mais seus contornos caracterizadores. Em verdade, não há que se falar em limitação de responsabilidade dos sócios “*restrita ao valor de suas quotas*”, como preceitua o art. 1.052 do Código Civil. Tal limitação se perdeu diante de tantas previsões legais de responsabilização pessoal dos sócios e interpretações distorcidas de institutos como o da desconsideração da personalidade jurídica. Afirmação que também poderia ser feita em relação às empresas individuais de responsabilidade limitada. O Código Civil é expresso ao estabelecer a aplicação supletiva a elas das normas previstas para as sociedades limitadas. Assim, as mencionadas exceções à limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada também se aplicariam às empresas individuais, o que também poderia comprometer os seus contornos caracterizadores, e quiçá a existência do próprio instituto.

Ressalte-se, no entanto, que se tratam de previsões e interpretações distorcidas. A limitação de responsabilidade de sócios, sobretudo daqueles integrantes de sociedade que se caracterizaram justamente por tal limitação, deve ser observada. A limitação, com a conseqüente redução dos riscos pessoais dos sócios, é fator de estímulo ao empreendedorismo.

A possibilidade de responsabilização pessoal por dívidas contraídas pela sociedade desestimula aqueles que desejam investir capital e esforços na constituição de uma pessoa jurídica a se voltar para atividades produtivas, ou seja, atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou mercadorias. Ainda que diante de possibilidades de lucros menores, o incentivo maior estaria concentrado nas atividades especulativas ou nos investimentos financeiros, vez que o patrimônio particular desses indivíduos estaria protegido. Por fim, a exposição à risco dos bens pessoais do empreendedor ainda desestimularia a regularização das atividades exercidas informalmente¹, o que acarreta prejuízos fiscais para o país.

¹ Fábio Tokars indica a estimativa dos prejuízos causados pelo exercício de atividades econômicas de forma irregular:

Estima-se que as atividades empresariais irregulares representam 40% do PIB brasileiro, quantia equivalente a 318 bilhões de dólares. Trata-se do segundo maior índice de informalidade do mundo, apenas atrás da Rússia (onde as atividades irregulares representam 46% do PIB). Toda esta informalidade gera um evidente prejuízo à

Assim, o desenvolvimento social restaria prejudicado em decorrência justamente da falta de um ambiente econômico propício:

A lógica é simples. A evolução da economia privada (por meio do incremento da atividade empresarial) conduz à geração de empregos, cuja consequência é o pagamento de salários que possibilitam o consumo, o qual, por sua vez, aumenta o faturamento das empresas, cujo desenvolvimento econômico deve, em tese, propiciar a geração de mais empregos, com a elevação do rendimento *per capita* da população. E este fenômeno os economistas designam de “círculo vicioso”.²

Além do reflexo direto na geração de empregos e no, conseqüente, aumento da renda *per capita* da população, ainda há a elevação na arrecadação de tributos decorrente do aumento do consumo e do faturamento dos empresários. Assim, o mencionado “círculo vicioso” também geraria reflexos diretos para o Estado. Eis aí a necessidade de o próprio Estado criar mecanismos de estímulo à criação e manutenção da exploração de atividades econômicas de forma privada. Para tanto, o Estado deve se valer do direito empresarial, instrumento para o desenvolvimento sócio-econômico.

Normas e interpretações legais que garantam a observância do princípio da separação do patrimônio da pessoa jurídica e de seus membros, bem como a limitação de responsabilidade dos membros que integram pessoas jurídicas caracterizadas justamente por tal restrição, são instrumentos de incentivo ao empreendedorismo, e conseqüentemente de desenvolvimento sócio-econômico. Ademais, só assim aqueles que investiram em atividades econômicas poderão fazer uma análise prévia e consciente dos riscos que assumiram.

economia brasileira. Calcula-se que a regularização de todas estas atividades, com o devido recolhimento de suas obrigações tributárias e trabalhistas, mais do que dobraria a renda per capita em nosso país. [...] (TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, julho/setembro, 2007, p. 37).

² TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, julho/setembro, 2007, p. 30.

2 A SOCIEDADE LIMITADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS FUNDAMENTOS DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

As sociedades limitadas caracterizam-se pela limitação, em relação às obrigações contraídas pela sociedade, da responsabilidade de seus sócios ao valor de suas quotas. Limitação essa que é a da essência desse tipo societário.

Assim, poder-se-ia afirmar que a constituição de uma sociedade sob a roupagem de uma sociedade limitada traz como consequência para os sócios, dentre inúmeras outras³, a limitação de responsabilidade em relação às obrigações societárias. Não se pode confundir, no entanto, a responsabilidade dos sócios e a responsabilidade da própria sociedade por suas dívidas. A responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de suas quotas integralizadas, mas a responsabilidade da sociedade que adota a modalidade limitada é ilimitada. A sociedade responde com todo o seu patrimônio, sem nenhuma limitação, pelas dívidas que contrair. Assim, a expressão “limitada”, que identifica esse tipo societário, refere-se à responsabilidade dos sócios e não da sociedade.

Apesar de a participação na sociedade limitada integrar o patrimônio do sócio, isso não o torna, em regra, responsável pelas obrigações societárias. Nas sociedades limitadas, como já mencionado, a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas⁴. Respondem, no entanto, solidariamente todos os membros da sociedade pela integralização completa do capital social (art. 1.052 e art. 1.055, §1º, do Código Civil de 2.002) e ilimitadamente os que expressamente aprovarem deliberações infringentes do contrato social ou da lei (art. 1.080 do Código Civil de 2.002). O ordenamento brasileiro ainda traz outras exceções à limitação de responsabilidade dos sócios. Como exemplo dessas exceções pode-se citar o tratamento dado às dívidas perante os consumidores titulares de créditos indenizatórios e perante o Fisco, bem como o referente ao ressarcimento de danos ambientais. Não se pode esquecer ainda das interpretações jurisprudenciais acerca da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho.

O tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro nestas diversas situações, bem como a interpretação, em certos casos, dos Tribunais no sentido da ilimitação da responsabilidade dos sócios das sociedades limitadas, acaba, no entanto, por desconfigurar o próprio instituto e desrespeitar os objetivos ensejadores da criação desse tipo societário.

³ Como, por exemplo, a participação, no limite de suas quotas, nos lucros auferidos pela sociedade e no acervo patrimonial na hipótese de liquidação da sociedade.

⁴ Assim, “*pagas as quotas, integralizado o capital, não respondem os sócios pelas dívidas sociais*” [...] (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 426).

As sociedades limitadas exercem enorme impacto econômico no Brasil, vez que representam mais de 90% das sociedades empresárias constituídas. De acordo com dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC –, no ano de 2.005, foram criadas 246.722 sociedades limitadas, enquanto os demais tipos não passaram de 2.213 sociedades, sendo que desse último valor 1.800 eram sociedades anônimas⁵.

Logo, é possível afirmar que a atividade econômica no Brasil é explorada, sobretudo, sob a roupagem das sociedades limitadas⁶. Eis a importância de constantes debates em torno desses centros de exploração da atividade econômica.

Os economistas, ao analisarem a atividade econômica, concebem-na como organização de fatores de produção, “*não como atos, mas como combinações de contratos*”,⁷ os quais, como ressalta Rachel Sztajn, são o “*centro nervoso*” da empresa.⁸

A empresa seria a aglutinação dos fatores de produção terra, mão-de-obra, capital e tecnologia, por um empresário, para a produção ou circulação de bens ou serviços. A reunião desses recursos necessários à exploração da atividade econômica, no entanto, somente se implementa através de transações, que correspondem, no Direito, às relações jurídicas constituídas pelos contratos. Para a obtenção de cada um dos fatores de produção, o empresário realiza transações, ou seja, celebra contratos com aqueles que estão dispostos a fornecê-los.

Assim, como ressalta Eduardo Goulart, a empresa, para a economia, não deve ser vista somente como o conjunto organizado de fatores de produção, o que configuraria seu perfil estático. Deve ser compreendida também como uma série organizada de transações jurídicas destinadas à reunião e organização dos recursos, o que caracterizaria a visão dinâmica da empresa.⁹

Apesar de a definição de empresa para a economia em muito se assemelhar à noção de empresa para o direito, não podem ser equiparadas. Certas atividades econômicas, voltadas para a produção ou circulação de bens ou serviços e desenvolvidas com o intuito de lucro, não são consideradas empresas pelo ordenamento jurídico vigente. Tratam-se das atividades intelectuais, “*de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de*

⁵ Dados disponíveis em <<http://www.dnrc.gov.br/>>, acesso em: 16 nov.2009.

⁶ Ressalte-se, no entanto, o volume de capital gerado e movimentado pelas sociedades anônimas.

⁷ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 130.

⁸ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 172.

⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 41.

auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único do art. 966 do Código Civil).

Para o direito, empresa é atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, é incorreto afirmar que empresa é sujeito de direito. Este é o empresário – pessoa física ou jurídica que explora a atividade profissionalmente (ou seja, com habitualidade), de forma organizada e com a finalidade de lucro.

É sob a perspectiva dos efeitos jurídicos provocados pela atividade econômica, considerada como uma unidade, que se pautará o presente estudo, sendo certo que tal unidade se explica por sua função nos mercados, ou seja, a empresa vista como atividade econômica voltada para mercados.

O instituto da pessoa jurídica foi criado com o intuito de fomentar o desenvolvimento econômico e social. Caso as pessoas tivessem que comprometer todo o seu patrimônio no incremento de uma atividade econômica, muitas, provavelmente, desistiriam do projeto e investiriam seus recursos em atividades não produtivas. A solução encontrada foi criar uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. É neste contexto e para essa finalidade que surge o instituto da pessoa jurídica, que não se confundiria com seus membros. Haveria uma separação entre o patrimônio dos componentes e o próprio da pessoa jurídica, além de uma limitação da responsabilidade dos membros.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade, que decorre justamente da separação patrimonial, teria, ainda, como beneficiário indireto o próprio consumidor. Se não houvesse a limitação da responsabilidade do empreendedor, este ou deixaria de investir seu capital em atividades econômicas, como já mencionado, ou o investiria somente em empreendimentos já consolidados. Novos produtos ou serviços somente atrairiam a atenção dos empreendedores se dessem indícios de rentabilidade suficiente para compensar o risco da perda de todos os seus bens. Com isso, o preço final das inovações seria muito mais alto do que se houvesse limitação de responsabilidade dos membros da pessoa jurídica. Esta limitação seria, então, um direito-custo.¹⁰

Wilges Ariana Bruscato ressalta que a limitação de responsabilidade já existia, ainda que embrionariamente, desde o momento em que a execução de dívidas deixou de recair sobre a própria pessoa do devedor e seu corpo para incidir somente sobre seu patrimônio. Aponta também que à época da expansão comercial da Idade Média, foi introduzida a idéia da limitação da responsabilidade daquele que não atuasse diretamente na atividade explorada,

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 402.

através da celebração de contratos de pacotilha. Tal contrato, por sua vez, “*abriu campo para o surgimento da sociedade em comandita, sendo aquela que previa a responsabilidade ilimitada para o sócio comanditado e a limitação para o comanditário*”. Já no século XVIII, em uma evolução da limitação de responsabilidade, surgiu a sociedade anônima, em que a responsabilidade de todos os sócios era limitada. Buscava-se atender as necessidades de um tipo societário que se adequasse aos empreendimentos de maior porte e ao intenso desenvolvimento econômico.¹¹

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada somente tiveram sua primeira regulamentação legal na Alemanha¹², no fim do Século XIX¹³, exatamente para atender

¹¹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 187-188.

¹² Conforme ressalta Rubens Requião, há aqueles que defendem que a origem das sociedades limitadas é britânica em decorrência da utilização da expressão *limited*. A lei inglesa de 1.857 regulava um tipo societário denominado *limited by guarantee*, em que os sócios em caso de liquidação da sociedade só responderiam até o montante do capital fixado no contrato. O *company Act* de 1.844 previa a possibilidade de a *company* estabelecer em seus contratos que somente seriam objeto de execuções dos credores a sua propriedade e o valor do capital social não realizado pelos sócios, afastando-se assim a responsabilidade subsidiária dos sócios. Lei de 1.855 também trazia possibilidade de a *company* limitar a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais através do simples acréscimo da expressão *limited* ao fim do nome empresarial. E, por fim, Lei de 1.856 previa que os sócios não seriam responsáveis além de sua entrada no capital social.

No entanto, Requião salienta que toda essa sistemática pressupunha a organização da sociedade sob a modalidade anônima, e, por isso, não se poderia afirmar que a legislação inglesa foi precursora da sociedade limitada. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1, p. 403).

No mesmo sentido, manifestou-se Nelson Abrão:

Não é possível concordar com os autores que ligam o surgimento da sociedade por quotas de responsabilidade limitada às private partnerships do direito inglês, isto porque a partnership e a limited partnership do direito anglo-saxão correspondem, respectivamente, à sociedade em nome coletivo e à sociedade em comandita. (ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16)

Em posicionamento contrário encontra-se Alfredo de Assis Gonçalves, que defende que as sociedades limitadas surgiram efetivamente no comércio inglês, em decorrência justamente do sistema de direito vigente, através do desenvolvimento das *private companies*:

[...] com a evolução das chamadas private companies, que não se caracterizavam propriamente como um tipo autônomo de sociedade, mas como um derivativo das public companies. Particularizavam-se pelo limite máximo de 50 sócios, proibida a livre transferência de ações e o convite para a subscrição pública de ações. Referidas sociedades, por isso, passaram a ter sua constituição permitida sem a antes indispensável outorga da coroa para sua constituição. O Companies Act de 1862 consolidou essa prática e estabeleceu o regime de liberdade de constituição das sociedades anônimas. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 306).

Na mesma esteira de Alfredo de Assis, José Waldecy Lucena:

[...] A essas sociedades o uso deu o nome de private companies, para distingui-las das grandes empresas, que eram denominadas public companies.

E de tal forma cresceu o número dessas sociedades, que o Poder Público as reconheceu como legais (Companies Act of 1900), e, em seguida, as regulamentou (Companies Act of 1907).

Não resta dúvida, de conseqüente, que a private company inglês é, historicamente, anterior à primeira lei sobre sociedade de responsabilidade limitada, que, como visto no item precedente, foi a alemã de 1892. (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.7).

¹³ Como discorre Nelson Abrão:

O projeto apresentado por Oechelhaeuser converteu-se na Lei de 20 de abril de 1892, das sociedades de responsabilidade limitada, modificada pela Lei de Introdução ao Código Comercial alemão, de maio de 1897, e consolidada aos 20 de maio de 1898. (ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.18.)

também a necessidade de limitação de responsabilidade dos pequenos e médios empreendedores que não queriam se sujeitar às complexas formalidades de uma sociedade anônima. Esta, além de dependente de autorização governamental, possuía um procedimento de constituição extremamente burocratizado. Para a constituição de uma sociedade anônima era preciso, dentre outras formalidades, que o ato constitutivo, além de assinado por cinco fundadores, fosse também autenticado por juiz ou tabelião, sob pena de nulidade da instituição¹⁴.

Como ressalta Alfredo de Assis Gonçalves¹⁵, a adoção de tipos societários que acarretavam a responsabilidade ilimitada dos sócios era exatamente um fator desestimulante às iniciativas econômicas em um mercado mais organizado e de produção em massa, como o que se viu a partir da Revolução Industrial de 1.870.

Portugal, em seguida à Alemanha e procurando também solução para a questão da responsabilidade dos sócios e do estímulo ao desenvolvimento econômico, editou, em 1.901, lei semelhante. A expressão “por quotas” foi utilizada para diferenciar o novo tipo societário, então denominado sociedade por quotas de responsabilidade limitada, das sociedades por ações. Apesar da lei portuguesa se filiar ao sistema alemão, introduziu inovações no tratamento da matéria. Dentre elas, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto¹⁶ destaca a possibilidade de o sócio protestar perante o notário contra as deliberações tomadas em Assembleia Geral, mas em desconformidade com a Lei ou com o contrato social, podendo, assim, pedir a suspensão do ato deliberado no prazo de cinco dias, contados do protesto.

Essa idéia se propaga e logo chega ao Brasil, que, em 1.919, através do Decreto n.º 3.708¹⁷, adota a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. O Decreto se inspirou nas regras relativas às estas sociedades previstas no anteprojeto de reforma do Código Comercial de Herculano Inglês de Souza, apresentado em 30 de abril de 1.912 ao Congresso Nacional.

¹⁴ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada** (doutrina, jurisprudência, legislação e prática). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.13.

¹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 306.

¹⁶ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada** (doutrina, jurisprudência, legislação e prática). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.16.

¹⁷ Antes da edição do Decreto n.º 3.708/1919, houve uma tentativa de regulamentação legal do que se chamava sociedade de responsabilidade limitada, através do projeto de José Thomaz Nabuco de Araújo de 1865. Este projeto, no entanto, foi rejeitado pelo Imperador.

José Waldecy Lucena ressalta que, na verdade, o projeto de Nabuco de Araújo não é antecedente histórico do Decreto n.º 3.708/1919, vez que objetivava introduzir no ordenamento sociedades de responsabilidade limitada que não passavam das sociedades anônimas do Código do Comércio, mas sem nenhuma dependência governamental. (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18-21).

Este anteprojeto, por sua vez, sofreu influência da legislação portuguesa de 1.901¹⁸, razão pela qual se pode afirmar que o Decreto n.º 3.708/1.919 teve inspiração nesta.

O Decreto de 1.919 decorre de um projeto isolado – calcado nas disposições propostas pelo Professor Herculano Marcos Inglez de Souza para a reforma do Código Comercial e, logo, também inspirado na lei portuguesa de 11 de abril de 1.901 – de inserção no ordenamento das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Foi apresentado pelo deputado gaúcho Joaquim Luís Osório, em 20 de setembro de 1.918, devido à demora na aprovação do projeto de novo Código Comercial.

A complexidade das discussões sobre o código traria uma demora nos estudos no Congresso, o que acabaria por retardar a introdução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Brasil. Este argumento, utilizado como justificativa pelo Deputado do Rio Grande do Sul para a apresentação do projeto¹⁹, também fundamentou o parecer, datado de 03 de outubro de 1.918, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados que aconselhava a aprovação do projeto:

[...] No projeto de Cód. Comercial, organizado pelo ilustre juriconsulto pátrio, nosso ex-colega Dr. Inglês de Sousa, cuja perda é das maiores para o Brasil, está incluída essa modalidade social, como bem assinala o Sr. deputado Osório, na justificação com que apresenta o seu trabalho, parecendo, talvez, a muitos que êsse fato seja de ordem a aconselhar que aguardemos aquela codificação para introduzirmos a espécie nova no quadro das sociedades mercantis. Não se nos afigura ser êsse o melhor conselho. As discussões e trâmites regimentais, por que passam os códigos no seio do Congresso, são demorados, complexos e duram anos. [...]²⁰

¹⁸ Nesse sentido, Carlos Fulgêncio Peixoto:

A lei portuguesa de 11 de abril de 1901, que serviu de modelo a ambos os projetos, é, de fato, excessivamente minuciosa, pois trata, em nove capítulos, com 65 artigos, da regulamentação dos assuntos que o autor do futuro Cód. Comercial compendiou em cinco artigos e outras tantas remissões e o projeto desenvolve em 18 artigos, sem prejuízo para a clareza e precisão dos dispositivos, nem para o conjunto de regras que estatui. (PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada**: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.38).

E Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

O ingresso na legislação nacional da sociedade, então denominada, por inspiração do modelo português, de “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” provocou [...]. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 307).

¹⁹ [...] *considerando que aguardar a aprovação do projeto de Código Comercial, ora em início de estudo no Senado, para citar o novo tipo de sociedade (Projeto de INGLEZ DE SOUSA, Título II, Capítulo III – Das sociedades limitadas) será retardar por longo prazo a sua adoção, já pela complexidade da matéria que encerra aquêlê corpo de leis, já pela necessidade de demorado estudo, do que é exemplo o projeto do Código Civil, apresentado ao exame do Congresso em 1900 e só levado à sanção em 1916; [...]* (Trecho do projeto do Deputado Joaquim Luís Osório extraído da transcrição feita em FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**: sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v.3, p. 641)

²⁰ Trecho do parecer extraído da transcrição feita em PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada** (doutrina, jurisprudência, legislação e prática). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.35.

O projeto foi aprovado, em regime de urgência, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado sem emendas e debates. Foi enviado à sanção em 7 de janeiro de 1.919, sendo sancionado pelo Vice-Presidente em exercício, Delphim Moreira da Costa Ribeiro, como Decreto do Poder Legislativo n.º 3.708/1919, mas, na verdade, tratava-se de uma lei. Foi publicado em 10 de janeiro.

Apesar da mencionada inspiração, as sociedades limitadas no Brasil, no entanto, não guardam as mesmas características das sociedades portuguesas “por quotas de responsabilidade limitada”. Estas, bem como as alemãs criadas por lei de 20 de abril de 1.892, traziam a exigibilidade de um capital mínimo para sua constituição e de um valor mínimo para cada quota. Exigibilidade esta que não foi adotada pela legislação pátria.

Com o advento do Código Civil de 2002 (CC/02), as sociedades limitadas passaram a ser regulamentadas por esse diploma legal que unificou formalmente²¹ o Direito Privado, ou seja, o Direito Civil e o Direito Empresarial.

Nessas sociedades, a regra é da irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. A responsabilidade estaria, nos termos do art. 1.052 do CC/02, restrita ao valor das quotas integralizadas por cada sócio. Assim, estaria atendido o fim de sua criação, qual seja, o estímulo à exploração de atividade econômica.

Essa regra, como já mencionado, está sujeita à inúmeras exceções que chegam praticamente a alterar os contornos do tipo societário em questão.

A limitação de responsabilidade dos sócios é justamente o estímulo maior para o desenvolvimento e exploração de atividades econômicas. A partir do momento em que esses sócios podem ser chamados a responder por obrigações sociais com seu patrimônio particular, o empreendimento deixa de ser atrativo. A sociedade, que deveria ser um fator de afastamento do risco pessoal de seus membros, não poderia se tornar promotora do mesmo. Essa ilimitação de responsabilidade – ao desestimular o empreendedorismo – prejudica, sobretudo, o desenvolvimento econômico e social, mostrando-se em manifesta contradição com um dos

²¹ Afirma-se que a unificação foi meramente formal, pois o direito empresarial continua regido por uma série de princípios, regras e institutos próprios, que lhe garantem autonomia como ramo do Direito Privado. Com o advento do Código Civil de 2002, e, logo, com adoção pelo ordenamento brasileiro da teoria da empresa, ocorreu simplesmente a reunião no mesmo diploma legal das normas que tratam do direito civil e das do direito empresarial, subsistindo, no entanto, a autonomia jurídica deste.

Para Frederico Viana Rodrigues:

[...] *não se pode dizer que a teoria da empresa teve, teria ou terá o condão de unificar o Direito Privado. Diferentemente do que alegam os sectários da tese unificadora, a empresa não aproxima o Direito Comercial do direito comum. Pelo contrário, cria um novo núcleo de disciplina privada da atividade econômica, em substituição ao vetusto sistema dos atos de comércio.* (RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29)

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, da CRFB/88) e com os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, da CRFB/88).

Na medida em que não se desenvolvem atividades econômicas, restam afetados postos de trabalhos e a geração de tributos e de riquezas.

Além disso, é preciso ter em mente que a ilimitação da responsabilidade dos sócios acaba por impedir a maximização da produção e distribuição de recursos patrimoniais, vez que o detentor do capital optará por destinar seus recursos a atividades não produtivas. A produção, como ressalta Eduardo Pimenta, constitui-se em valor instrumental, pois “*consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade*”²².

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, reconheceu-se que os recursos patrimoniais – que só podem ser distribuídos, na iniciativa privada, através da exploração de uma atividade econômica – também são necessários à consecução da existência digna da pessoa humana, uma vez que são eles que permitem ao indivíduo usufruir de outros direitos, como a igualdade e a liberdade. São os recursos patrimoniais que permitem ao indivíduo alcançar condições materiais para o desfrute dos demais direitos. Logo, uma existência digna, fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, não pode ser atingida sem o acesso ao conjunto mínimo de bens e serviços.

²² PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 24.

3 PESSOAS JURÍDICAS: FATOR DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

No Direito Romano, a noção de pessoa jurídica era embrionária, senão inexistente, se considerados os contornos atuais do instituto. Os romanos, como salienta Francisco Amaral²³, eram práticos e, por isso, voltavam suas atenções para as abstrações. O desenvolvimento do instituto só começou com a expansão territorial romana, que ocorreu do século II a.C até aproximadamente 300 d.C²⁴. À medida que cidades eram conquistadas, estatutos lhes eram outorgados com a concessão de determinada autonomia. Eis os ensinamentos de César Fiúza:

Quando Roma iniciou a conquista das cidades italianas, passou a lhes outorgar estatutos e certa autonomia. De outra parte, porém, retirava-lhes toda a soberania, anulando sua existência política, na medida em que passavam a integrar o Estado Romano. Com a perda da soberania, do *imperium*, a cidade passava a receber o mesmo tratamento dispensado aos cidadãos, em relação aos atos que praticava, como, por exemplo, os contratos que celebrava.²⁵

Essa prática de tratar, nas relações patrimoniais, as cidades como cidadãos se espalhou rapidamente, passando outros entes coletivos a receber o mesmo tratamento. Dentre eles citam-se as corporações e o próprio Estado. No entanto, nota-se que, no Direito Romano, a expressão pessoa jurídica não chegou a ser utilizada. A palavra pessoa também não foi empregada para designar as pessoas jurídicas. Ademais, a idéia de pessoa não estava desenvolvida e consolidada nem mesmo em relação às pessoas naturais.

A palavra *persona* era utilizada para designar qualquer ser humano, enquanto vinculado a uma função, como a de *pater familias*, a de cidadão, dentre outras. Encontra-se, no entanto, uma passagem de Florentino, em que se utilizou o termo *persona* para designar herança jacente. Mas, não existem outros textos que permitam concluir que os romanos elaboraram um conceito técnico de pessoa jurídica, que, assim como o de ser humano, correspondesse a um centro de imputações jurídicas, ou seja, um ente com personalidade própria²⁶.

Se o Direito Romano tratou de forma embrionária a idéia de pessoa jurídica, o Direito Germânico não concebeu seu conceito de maneira alguma. Mas, não se pode deixar de considerar que existiam grupos de pessoas com objetivos comuns, como as comunas.

²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 273.

²⁴ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 145.

²⁵ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 145.

²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274.

Consideravam-se sujeitos de direito, no entanto, os membros desses grupos, tidos individualmente, e não o grupo em si²⁷.

Foi na Idade Média, principalmente no século XIV, que os contornos do instituto da pessoa jurídica se desenvolveram. Para tanto, foi de fundamental importância as contribuições dos glosadores e dos canonistas.

Os glosadores foram os primeiros a tentar sistematizar a matéria. Eles operaram a distinção entre as coletividades e seus membros, reconhecendo naquelas a capacidade para a prática de vários atos. Os canonistas, por sua vez, chegaram à noção de *persona ficta*, que possuía uma personalidade distinta da dos seus componentes. No entanto, é com Sinibaldo de Fieschi, nomeado papa em 1.243 com o nome de Inocêncio IV, que o termo *persona ficta* foi conceituado, distinguindo-se, assim, em definitivo, as pessoas naturais das pessoas jurídicas²⁸.

Essa distinção ocorreu devido à necessidade dos canonistas de separar a Igreja dos fiéis, considerando-os entes distintos, e de excluir a responsabilidade penal das corporações e das cidades. De acordo com a opinião dominante à época, as cidades e vilas que se revoltassem contra seu soberano deveriam ser condenadas e até mesmo interditas, ou seja, considerava-se que essas coletividades e seus membros componentes eram uma só pessoa. Sinibaldo de Fieschi defendeu, no entanto, que os homens eram diferentes das corporações e das cidades. Somente eles possuíam corpo e alma, sendo, por isso, impossível que uma dessas coletividades pudesse cometer um pecado e ser, conseqüentemente, condenada e excomungada. Mas, como as corporações e as cidades eram sujeitos de direitos e obrigações, deveriam também ser ficticiamente consideradas pessoas. Daí a denominação pessoa ficta.

A consagração da concepção dos canonistas se deu ainda pelas mãos de Sinibaldo, que já nomeado Papa, conseguiu que o Concílio de Lyon, em 1.245, proibisse a excomunhão dessas coletividades.

Ressalte-se, ainda, que os canonistas possuíam outro interesse na personalização de alguns entes, como associações e sociedades. A personalização garantiria à Igreja a possibilidade de receber doações de fortunas, heranças e legados. Ademais, a Igreja, além de receber essas riquezas, almejava também administrá-las como sua. Assim, como salienta Teresa Cristina G. Pantoja²⁹, o desenvolvimento da noção de pessoa jurídica era importante

²⁷ SENA, Alécio Martins. Pessoa Jurídica. In FIUZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004, v. 1, p. 103.

²⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274.

²⁹ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

para que se pudesse associar o poder terreno de aquisição e administração das riquezas à intangibilidade da personalidade.

Na distinção operada pelo Direito Canônico, podemos notar uma semelhança com a concepção atual de pessoa jurídica. Não há dúvida de sua existência diversa da de seus membros, além de patrimônio e responsabilidade também distintos. Mas, apesar da importante contribuição do direito canônico para o estudo da pessoa jurídica, este termo ainda não era utilizado. Como leciona Francisco Amaral, na Idade Média não se notou um interesse em construir um conceito de pessoa jurídica:

Durante a Idade Média não se verificou nenhum interesse em construir um conceito de pessoa jurídica, usando-se a expressão *persona ficta* para designar os *collegia* e as *universitas*, já considerados em sua unidade e individualidade como algo distinto da simples soma de indivíduos componentes, com patrimônio e responsabilidade próprios, e com a possibilidade de participarem de relações jurídicas diversas das de seus membros. Reconhecia-se também a possibilidade de terem nome, domicílio e sinais distintivos próprios, assim como a de se submeterem a determinada jurisdição, tudo por obra dos glosadores.³⁰

Foi somente no início do século XIX que a terminologia pessoa jurídica, com sua acepção atual, começou a ser utilizada pela doutrina jurídica alemã, mais especificamente por Heise, para substituir expressões como pessoa moral e pessoa mística. A expressão ganhou popularidade pela obra de Savigny.³¹

Os alemães, ao sistematizarem o direito civil, tiveram que reconhecer a existência de sujeitos de direito diferentes da pessoa humana, como titulares de direitos subjetivos. O Direito, assim, outorgou a esses entes, que possuem existência própria e distinta de seus membros, personalidade jurídica, ou seja, tornou-os titulares de direitos e obrigações.³²

Inicialmente, isto é, com o primeiro impulso dado pelo Direito Canônico à separação entre os entes coletivos e seus membros, a noção de pessoa jurídica possuía uma natureza condominial. Os comerciantes das cidades portuárias do Mediterrâneo e do Atlântico Norte almejavam um instrumento jurídico que lhes permitisse assumir maiores riscos, através de financiamento para a construção de grandes embarcações para projetos de circunavegações da Terra. Para tanto, formularam a idéia de comunhão de interesses, objetivando-se benefícios recíprocos. A noção de comunhão de interesses era semelhante à idéia atual de bem

³⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 275.

³¹ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 146.

³² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 276.

condomínial. Por outro lado, a acepção de benefício recíproco, embora de forma primitiva, assemelha-se à idéia de objeto social.³³

No entanto, o conceito de pessoa jurídica vinculado à natureza condomínial não era capaz de explicar algumas complexidades, como a da separação total do patrimônio dos sócios do patrimônio do ente coletivo, especialmente quando se tratasse de sociedades por ações.

Em verdade, as pessoas jurídicas surgiram da impossibilidade da pessoa natural, por si só, exercer determinadas atividades e atingir certos fins que ultrapassam seus esforços e sua capacidade econômica. A reunião das pessoas naturais ou das pessoas naturais e patrimônios em grupos com uma finalidade específica foi a solução encontrada. A estas entidades o ordenamento jurídico confere autonomia e independência, através de sua personificação.

Não basta, no entanto, à caracterização de uma pessoa jurídica a reunião de alguns indivíduos ou bens. É necessário, como ressalta Caio Mário da Silva Pereira, que se estabeleça uma vinculação jurídica própria:

Não basta, no entanto, que alguns indivíduos se reúnam, para que tenha nascimento a personalidade jurídica do grupo. É preciso que, além do fato externo da sua aglomeração, se estabeleça uma vinculação jurídica específica, que lhe imprima *unidade orgânica*. Em virtude desta unidade, como fator psíquico de sua constituição, assume a entidade criada um sentido existencial que a distingue dos elementos componentes, o que já fora pela agudeza romana assinalado, quando dizia que “*societas distat a singulis*”. Numa associação vê-se um conjunto de pessoas, unindo seus esforços e dirigindo suas vontades para a realização dos fins comuns. Mas a personificação do ente abstrato destaca a vontade coletiva do grupo, das vontades individuais dos participantes, de tal forma que o seu querer é uma “resultante” e não mera justaposição das manifestações volitivas isoladas.³⁴

Assim, o que caracteriza as pessoas jurídicas é a existência conjunta dos seguintes fatores: 1) personalidade jurídica distinta dos seus membros; 2) a capacidade jurídica externa *corporis* e interna *corporis*, esta última referente às relações entre pessoa jurídica e seus membros; 3) a existência de uma estrutura organizativa; 4) os objetivos comuns dos membros; e 5) autonomia patrimonial, ou seja, a existência de patrimônio distinto e independente do de seus membros.

³³ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.88-89.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 186.

É somente a partir do momento em que é conferida³⁵ personalidade à pessoa jurídica que se reconhece sua autonomia. Assim, somente com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente é que a pessoa jurídica tem sua existência autônoma atribuída. Neste, momento, reconhece-se ainda sua autonomia patrimonial e sua capacidade, seja ela externa *corporis* ou interna *corporis*.

Com o registro nos termos do art. 45 do Código Civil em vigor, a pessoa jurídica é tida como sujeito de direitos e obrigações, com patrimônio distinto dos seus membros e afetado a determinado fim específico. A capacidade da pessoa jurídica decorre do reconhecimento de sua personalidade jurídica. Possui aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações (capacidade de direito ou de gozo), bem como aptidão para o exercício desses direitos ou deveres (capacidade de fato ou de exercício).

Apesar de a pessoa jurídica possuir aptidão para a prática dos atos decorrentes de sua capacidade de direito, tal poder de exercer direitos e cumprir obrigações é limitado ao âmbito da atividade que desenvolve, pois sua personalidade é atribuída pelo ordenamento jurídico na medida dos fins que persegue.³⁶

A capacidade de fato das pessoas jurídicas é exercida através de órgãos ou representantes. Elas “*possuem aptidão para adquirir direitos e, no momento de exercê-los, necessitam de aparelhamento técnico*”³⁷. Tal fato, no entanto, não retira a capacidade de fato das pessoas jurídicas. A manifestação através de órgãos ou representante não tem a finalidade de suprir eventual incapacidade, como ocorre com as pessoas naturais incapazes. Trata-se de meios externos de realizar os direitos e adimplir obrigações.

A autônoma patrimonial da pessoa jurídica, caracterizada pela separação de seu patrimônio do de seus membros, é corolário do princípio segundo o qual toda pessoa é titular de um patrimônio, ou seja, de um conjunto de relações ativas e passivas.³⁸ A pessoa jurídica, ao adquirir personalidade e, conseqüentemente, tornar-se sujeito de direitos e obrigações,

³⁵ Existem juristas, como J. Lamartine Corrêa de Oliveira, que defendem que a personalidade das pessoas jurídicas não é atribuída pelo ordenamento jurídico mediante o preenchimento de requisitos legais, mas simplesmente reconhecida:

Não se trata, porém, tal ato de reconhecimento estatal de algo assemelhado a mera constatação. Realmente esse reconhecimento estatal é requisito extrínseco, mas não constitutivo, da personalidade. Cabe ao Estado uma função investigativa que verifica se a instituição que se pretende registrar possui realmente as características ontológicas de realidade institucional análoga à pessoa humana. (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 14)

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 196.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 197.

³⁸ FRANCESCHET, Júlio César. Pessoa jurídica e direitos da personalidade. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 130.

logo, também, torna-se titular de patrimônio próprio que não pode ser confundido com o patrimônio de seus membros. A autonomia patrimonial decorre, bem como a capacidade jurídica, da atribuição de personalidade à pessoa jurídica.

As pessoas jurídicas podem ser classificadas de diferentes formas. Quanto à estrutura, temos as pessoas jurídicas colegiadas e as não colegiadas. Podem também ser classificadas em relação à sua nacionalidade – pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras. Por fim, quanto ao regime, dividem-se em pessoas jurídicas de Direito Público interno, pessoas jurídicas de Direito Público externo e pessoas jurídicas de Direito Privado. As sociedades limitadas, objeto do presente trabalho, estão inseridas neste último grupo.

As pessoas jurídicas de Direito Privado possuem como fim a realização de interesses privados, em prol dos instituidores ou de uma parcela da coletividade. São elas as sociedades, as associações e as fundações privadas. A Lei n.º 10.825 de 22 de dezembro de 2003 acrescentou ainda ao rol do art. 44 do Código Civil de 2002 as organizações religiosas e os partidos políticos. Para César Fiúza, a inserção tanto das organizações religiosas como dos partidos políticos foi desnecessária, já que ambas são associações por natureza, embora possuam regimes jurídicos próprios³⁹. Por fim, a Lei 12.441 de 17 de julho de 2011 inseriu ao dispositivo em questão o inciso VI, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da empresa individual de responsabilidade individual.

São também regidas pelo direito privado as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A Constituição Federal, no § 1º do art. 173, que teve sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, prevê que *“a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais e tributários. [...]”*.

Não se pode esquecer, no entanto, que tal regramento aplica-se com mais força nas hipóteses em que as empresas estatais ou governamentais⁴⁰ são criadas para atuar na área da iniciativa privada, quando assim se fizer necessário em decorrência de imperativos da segurança nacional ou de um relevante interesse coletivo, conforme determina o *caput* do art.173.

³⁹ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 151.

⁴⁰ O termo empresa estatal ou governamental abarca todas as sociedades de que o Estado tenha controle acionário, abrangendo, assim, a empresa pública e a sociedade de economia mista.

Apesar de as empresas públicas e sociedades de economia mista estarem submetidas ao direito privado e possuírem personalidade jurídica – e não há dúvidas disso -, elas possuem um regime jurídico híbrido. Eis os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Quanto à natureza jurídica das **empresas públicas e sociedades de economia mista**, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no artigo 170, § 2º, determina a sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200.

A isso tudo acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em **personalidade de direito privado**, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma **expressa** de direito público. (grifos no original).⁴¹

Por fim, ainda têm-se as pessoas jurídicas que integram o terceiro setor, que é o setor público não estatal, regido pelo direito privado e voltado para o interesse público, sem fins lucrativos⁴². Exemplos dessas pessoas são as organizações não governamentais (ONG's), as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), as organizações sociais (OS) e as entidades de apoio e serviços sociais autônomos, como SENAI, SENAC, SESC e SESI. Todas essas entidades podem se constituir sob a forma de fundações e associações.

As sociedades, grupos de pessoas que conjugam recursos e esforços para o exercício de uma atividade de natureza lucrativa, classificam-se em sociedades personificadas e despersonificadas. Estas são as sociedades em comum, assim denominadas pelo Código Civil, e as sociedades em conta de participação. As sociedades personificadas, por sua vez, podem ser simples ou empresárias, dependendo da natureza da atividade explorada.

As sociedades limitadas, que podem ser simples ou empresárias, conforme se verá a seguir, além de serem pessoas jurídicas e, por isso, titulares de patrimônio próprio e distinto do de seus membros, ainda são caracterizadas limitação de responsabilidade dos sócios ao valor de suas quotas, como fixa art. 1.052 do Código Civil.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 385.

⁴² FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 247.

Logo, no que diz respeito às sociedades limitadas, deveria prevalecer a irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Estas deveriam ser suportadas exclusivamente pelo patrimônio próprio e autônomo da sociedade. Só assim se atenderia aos objetivos ensejadores da criação das pessoas jurídicas e das sociedades limitadas. Só assim atividades econômicas poderiam ser desenvolvidas através da reunião de pessoas que congregam esforços e capital, sem, no entanto, comprometer-se o patrimônio pessoal.

O instituto da pessoa jurídica foi criado com o objetivo de fomentar o desenvolvimento econômico e social. Com a constituição da pessoa jurídica permite-se a separação entre o seu patrimônio e o do de seus membros. Trata-se de fator de estímulo à exploração de atividades econômicas produtivas, vez que, sobretudo naquelas pessoas jurídicas caracterizadas pela limitação de responsabilidade de seus membros, a atividade pode ser explorada sem que o patrimônio pessoal dos integrantes seja exposto a risco. Eis a necessidade da prevalência da limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada.

4 SOCIEDADES LIMITADAS: TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E ÀS SOCIEDADES SIMPLES

Nos termos do novo Código Civil, as sociedades podem ser simples ou empresárias. Será empresária quando explorar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, ou seja, quando tiver como objeto o exercício de atividade própria de empresário (art. 982 c/c art. 966). Além do elemento organização e da finalidade da produção ou circulação de bens ou serviços, a atividade somente pode ser definida como empresária se for exercida profissionalmente, ou seja, com habitualidade e em nome próprio do empresário (aspecto da personalidade), e se restar verificada a intenção de percepção de lucros.

As sociedades simples são as demais, incluindo aquelas que realizam atividade de natureza científica, literária ou artística, salvo se existir elemento de empresa. No entanto, a caracterização da atividade empresária e desses elementos de empresa pode não ser fácil.

Citem-se alguns exemplos postos pela doutrina que ilustram de forma clara que a linha divisória entre sociedade empresária e sociedade simples pode não ser de fácil percepção.

Daniel César Boaventura traz a seguinte situação. Se dois farmacêuticos constituem uma sociedade para pessoalmente pesquisarem drogas medicinais e, posteriormente, comercializarem, em pequena escala, os resultados, poder-se-ia falar que se trata de uma sociedade não-empresária. A dificuldade surge na hipótese desta sociedade começar a crescer, sendo preciso contratar outros farmacêuticos e adquirir equipamentos mais modernos. Os farmacêuticos originais nessa nova realidade afastam-se do processo produtivo e passam a somente administrar a atividade. É nesse contexto que o autor lança o seguinte questionamento: *“esse tipo de sociedade, que tem atividade de natureza científica, poderia ainda ser qualificado como não-empresária”?*⁴³.

Para superar a dificuldade de identificação, em alguns casos, de uma sociedade empresária, Fábio Ulhoa Coelho se vale do critério do modo de exploração do objeto social, salvo quando se tratar de sociedade por ação, que são sempre empresárias, e das cooperativas, que são sociedades simples por definição legal. O exemplo dado pelo autor é o de um médico pediatra:

⁴³ BOAVENTURA, Daniel César. Fundações, associações e sociedades: visão geral comparativa da codificação civil de 1916 e 2002. In FIUZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. v.1, p. 136.

Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais; não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que depositam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais de clínica, e sim *hospital pediátrico*. [...] Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. [...].⁴⁴

No entanto, a aplicação desse critério, no caso concreto, pode não ser fácil. No exemplo do pediatra, como seria possível identificar a partir de que momento ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza? Na prática, como se terá conhecimento se os pacientes procuram ou não o serviço pediátrico em razão da confiança que depositam naquele médico que iniciou sua carreira atendendo seus clientes no consultório? Assim, a dificuldade estaria em identificar o momento em que a atividade perdeu a prevalência do caráter personalíssimo e passou a integrar um complexo de serviços.

Para Teresa Cristina G. Pantoja, a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária se daria pelos elementos de empresa, que seriam o capital, o trabalho, a inteligência aplicada ou tecnologia, a organização e os insumos. A sociedade só seria empresária se utilizasse propositalmente todos os elementos da teoria da empresa, não bastando o uso de um ou dois desses fatores econômicos. A única falha, para a autora, que essa solução traria seria a necessidade da manifestação volitiva do empresário. Ele teria que se auto-reconhecer empresário⁴⁵.

Se adotado o critério diferenciador proposto por Pantoja, deve-se, entretanto, considerar que o fator de produção “trabalho” pode ser próprio ou de terceiros⁴⁶. Caso se

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16-17.

⁴⁵ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118-119.

⁴⁶ Neste sentido, Rachel Sztajn esclarece:

Também é preciso ter presente a idéia de que a organização não se limita àquela externa, mas também se inclui no quadro geral a auto-organização, que compreende a coordenação dos fatores de produção realizada pelo pequeno empresário, abrangendo o que organiza o próprio trabalho, o que exerce a atividade empresarial sem recorrer ao trabalho e ao recurso de terceiros. (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 127-128)

defendesse que só haveria a configuração de uma sociedade empresária se houvesse a organização de trabalho de terceiros, como defendem alguns⁴⁷, determinadas situações fáticas corriqueiras poderiam ficar à margem do ordenamento jurídico brasileiro.

Veja-se o seguinte exemplo. Dois amigos decidem constituir uma sociedade para explorar um pequeno bar. Durante a semana é um dos amigos que trabalha e aos finais de semana a tarefa compete ao outro, ou seja, não há a contratação de nenhum empregado. Nesta situação, muito comum em pequenas sociedades, não há, assim, a organização de trabalho de terceiros. Logo, se adotada a posição de que só há sociedade empresária se houver a utilização do trabalho de terceiros, a sociedade do exemplo não poderia assim ser classificada. Por outro lado, não há como afirmar que se trataria de uma sociedade simples, dadas as características desta. Como, então, deveria ser tratada essa sociedade na hipótese de insolvência, por exemplo? Resta claro que se adotado o critério da organização e utilização de todos os elementos de empresa para diferenciar uma sociedade empresária de uma simples, tem-se que considerar o fator trabalho de forma mais ampla, ou seja, pode ser próprio ou de terceiro.

Ainda sobre a distinção, proposta pelo CC/2002, entre sociedades simples e sociedades empresárias, vale ressaltar a posição de Rachel Sztajn. Para a jurista, tanto as sociedades simples como as cooperativas, como não seriam associações, seriam sociedades de fins econômicos. Desta forma, não haveria razões que pudessem justificar a separação entre sociedades empresárias e não empresárias, já que ambas se destinam ao exercício de alguma atividade econômica e à partilha dos resultados auferidos dessa exploração. A posição do legislador de disciplinar as sociedades não empresárias no Livro do Direito de Empresa, no novo Código, só teria lógica se elas fossem consideradas também empresárias, ainda que não comerciais/mercantis. Sztajn propõe a seguinte solução para a questão:

Mais simples seria excluir a aplicação de certas normas às empresas civis, como, por exemplo, a falência, e unificar, acolhendo todas as atividades econômicas organizadas sob a égide da empresa. Com isso, a distinção entre sociedades (de fins econômicos) e associações (de finalidades não econômicas) ficaria mais nítida. Melhor do que impor à sociedade (pessoa jurídica) que vier a exercer a empresa a adoção de um dos tipos legais previstos no Código Civil.⁴⁸

⁴⁷ Neste sentido, Fábio Ulhoa defende:

O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11)

⁴⁸ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 138.

Ainda sobre a adoção de um critério diferenciador entre sociedade empresária e sociedade simples, Eduardo Goulart Pimenta⁴⁹, ao analisar o conceito de empresa no âmbito do Direito, aponta que determinadas atividades econômicas, ainda que organizadas para a produção ou circulação de bens e serviços e que tenham intuito lucrativo, não são abarcadas pela idéia de empresa consagrada pelo Código Civil de 2002. Se exploradas mediante a constituição de uma sociedade, estar-se-á diante de uma sociedade simples. Para Pimenta, tratam-se, em regra, de “*atividades nas quais há um vínculo essencial entre o adquirente do serviço e os atributos profissionais e pessoais que acompanham a pessoa que irá prestá-lo*”⁵⁰. Assim, determinadas atividades de natureza intelectual – artística, científica ou literária –, ainda que exploradas com o intuito de lucro e de forma organizada, seriam afastadas do conceito de empresa em decorrência do caráter personalíssimo que costumam assumir. Caso percam essa característica, serão tidas como atividades empresárias, e, assim, se exploradas através de uma pessoa jurídica, estar-se-ia diante de uma sociedade empresária.

Conclui-se que o que não se pode fazer é utilizar a organização como traço distintivo das sociedades empresárias. É a natureza da atividade explorada pela sociedade empresária que a diferenciará da sociedade simples, e não a organização. Esta é somente um dos elementos caracterizadores da atividade empresária, mas que está presente também na exploração daquelas atividades tidas como não empresárias. Trata-se, logo, de característica das atividades econômicas, ou seja, não é privativa das sociedades empresárias. É fator comum a atividades empresárias e não empresárias.

O critério distintivo é a natureza da atividade explorada. Tanto que a sociedade que exerce atividade intelectual, ainda que de forma organizada, não passa por este motivo a ser classificada como uma sociedade empresária. Nos termos do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, não podem ser considerados empresários aqueles que exercem “*profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*”. Apesar de se tratar de atividades econômicas com finalidade lucrativa e organização, o legislador excluiu expressamente o caráter empresarial.

A exploração de atividade simples, ou seja, não empresária, exige também “*ordem no seu desenvolvimento, ou seja, os atos, os bens e as práticas devem ser arranjados e dispostos de forma determinada e adequada à finalidade a que se destinam, caso contrário, a prestação*

⁴⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 14, abril/junho, 2006, p. 65.

⁵⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 14, abril/junho, 2006, p. 65-66.

*da atividade está fadada ao insucesso*⁵¹. A organização, assim, é essencial a toda e qualquer atividade econômica com finalidade lucrativa, seja ela de natureza empresária ou não, pois o lucro só é atingido com organização.

Ainda que, em determinadas situações, restem dúvidas sobre a distinção entre uma sociedade simples e uma sociedade empresária, dúvida nenhuma há sobre a possibilidade de sociedades simples ou de empresárias se constituírem sob a forma de uma sociedade limitada.

De acordo com o art. 983 do Código Civil em vigor, as sociedades empresárias devem se constituir sob um dos tipos previstos nos arts. 1.039 a 1.092, quais sejam: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade anônima e sociedade limitada. Na mesma linha, o dispositivo legal regula os tipos societários que podem ser adotados pelas sociedades simples, ao dispor que elas podem se constituir segundo um desses tipos societários mencionados. Mas, como as sociedades por ações – sociedade em comandita por ações e sociedade anônima – são, por expressa disposição legal (art. 982, parágrafo único), consideradas sociedades empresárias, independentemente do objeto social explorado, pode-se afirmar que as sociedades simples somente podem se constituir sob a forma de uma sociedade em nome coletivo, de uma sociedade em comandita simples e de uma sociedade limitada. Pode ainda a sociedade simples se constituir sob a forma de uma cooperativa, que, por sua vez, é sempre tida como sociedade simples.

Assim, tanto sociedades empresárias como sociedades simples podem se revestir sob a forma de uma sociedade limitada. Mas, se uma sociedade simples assim o fizer, não terá se tornado uma sociedade empresária. Será uma sociedade simples limitada, subordinada, no entanto, às normas de aplicáveis às limitadas. Mas, apesar de se sujeitar ao regime jurídico deste tipo societário escolhido, à sociedade simples limitada continuam a ser aplicadas, no que diz respeito ao registro e à insolvência civil, as normas próprias das sociedades simples. Assim, a sociedade, ainda que adote o tipo de sociedade limitada, deverá ter seu ato constitutivo registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e não na Junta Comercial da circunscrição da sede da sociedade. Não se sujeitará também ao regime falimentar da Lei 11.101/2.005, que só se aplica às sociedades empresárias e aos empresários individuais. Subordina-se, assim, ao regime da insolvência civil previsto no Código de Processo Civil, numa clara demonstração de que não é porque a sociedade simples adota um dos tipos de sociedade empresária que perde sua qualidade de sociedade simples.

⁵¹ BRUSCATO, Wilges Ariana. O objeto do moderno direito de empresa. **Revista Index Jur**, n. 01, abril, 2012, p. 155. Disponível em <<http://www.indexjur.com.br/um/numeroum.pdf>>. Acesso em: 12 setembro 2012.

Somente se não adotar nenhum dos tipos societários mencionados é que se aplicarão às sociedades simples – nesta hipótese denominadas sociedades simples simples, sociedades simples puras ou sociedades simples propriamente ditas – as normas que lhe são próprias, previstas no Código Civil.

A questão da limitação da responsabilidade dos sócios às quotas integralizadas, logo, faz-se pertinente tanto no âmbito das sociedades limitadas empresárias como no das sociedades limitadas simples.

4.1 Sociedades Limitadas Empresárias: regência supletiva das normas das sociedades simples e regência supletiva das normas das sociedades anônimas

As sociedades empresárias⁵² limitadas podem ser regidas supletivamente ou pelas normas aplicáveis às sociedades simples ou pelas normas aplicáveis às sociedades anônimas.

O art. 1.053 do Código Civil (CC/02) estabelece que nas omissões do Capítulo que trata das sociedades limitadas, aplicam-se as normas que integram o capítulo que regulamenta as sociedades simples. Mas, o parágrafo único do mencionado dispositivo prevê a possibilidade de, mediante previsão expressa no contrato social, ser aplicada a regência supletiva das normas da Lei das sociedades anônimas (Lei 6.404/76). Assim, pode-se afirmar que a disciplina supletiva das sociedades limitadas depende da vontade dos sócios, pois se houver previsão no ato constitutivo da sociedade de regência supletiva pelas normas das sociedades anônimas, aplica-se a Lei 6.404/76 nas omissões do Capítulo do Código Civil que regulamenta as sociedades limitadas. Caso contrário, prevendo ou não o contrato social, aplica-se supletivamente as normas referentes às sociedades simples.

André Papini⁵³ defende, no entanto, que não compete aos sócios estabelecer no ato constitutivo da sociedade a regência supletiva, como poderia indicar uma leitura apressada do art. 1.053 e seu parágrafo único. As sociedades limitadas, nas omissões do capítulo do Código Civil que as regulamenta, seriam sempre regidas pelas regras destinadas às sociedades simples. Somente nas hipóteses não previstas no Código Civil, seja na parte destinada às sociedades limitadas, seja naquela destinada às sociedades simples, é que poderia o contrato

⁵² Não estaria em consonância com o exposto neste trabalho, a possibilidade de sociedades simples limitadas serem regidas supletivamente pelas normas das sociedades anônimas. A um, porque se tratam de sociedades simples. Não é porque se revestem do tipo societário sociedade limitada que perdem a condição de sociedades simples. Assim, na omissão do capítulo do Código Civil que trata das sociedades limitadas, aplica-se o capítulo das sociedades simples, pois não perdem essa condição. A dois, porque as sociedades anônimas são, independentemente do objeto social que exploram, sociedades empresárias.

⁵³ PAPINI, André Lemos. A sociedade limitada e o novo código civil. In RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209-210.

social prever a regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades anônimas. A sistemática do Código impediria interpretação diversa:

No sistema trazido pelo novo Código Civil, seria impossível a existência plena das sociedades limitadas sem o suporte das regras da sociedade simples. Isto porque encontramos na parte que regula a sociedade simples regras fundamentais para a sociedade limitada, que não foram tratadas no seu capítulo específico e também não estão previstas na Lei das Sociedades Anônimas. Exemplo são as regras que dispõem sobre dissolução parcial, dentre outras, encontradas apenas na parte do novo Código Civil que cuida das sociedades simples.

Se coubesse aos sócios a escolha das normas da sociedade anônima em detrimento das regras da sociedade simples, estaríamos diante de uma sociedade limitada que não poderia, por exemplo, dissolver-se parcialmente, uma vez que, repita-se, a parte do novo Código Civil que rege a sociedade limitada e a Lei das Sociedades Anônimas não cuidam de tal hipótese. Como poderíamos aceitar que uma sociedade limitada não poderia dissolver-se parcialmente?⁵⁴

Em que pese a posição de André Papini, não restam dúvidas de que os sócios da sociedade limitada, através de manifestação expressa no contrato social, podem eleger a regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades anônimas. O Código Civil, em seu art. 1.053, prevê a regência supletiva das normas das sociedades simples, ressalvando, no entanto, a possibilidade de o ato constitutivo da sociedade limitada prever a regência supletiva das normas atinentes às sociedades anônimas. Assim, resta claro que a regência supletiva é definida pelos sócios, que podem estabelecer contratualmente a aplicação supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples ou das normas das sociedades anônimas. Na hipótese de omissão do contrato social, aplicar-se-iam, no entanto, supletivamente as normas referentes às sociedades simples.

Prevedo expressamente o contrato social a regência supletiva das normas das sociedades anônimas, na hipótese de omissão do capítulo legal que regulamenta as sociedades limitadas, não há que se falar em aplicação das normas das sociedades simples. Aplicam-se as normas atinentes às sociedades anônimas, ainda que o capítulo do Código Civil que trata das sociedades simples não seja omissivo. A aplicação das normas das sociedades anônimas à sociedade limitada não poderia ficar restrita à hipótese de omissão tanto do capítulo do Código Civil que trata das sociedades limitadas como do capítulo das sociedades simples, como sustenta André Papini. Interpretação em sentido diverso tornaria o parágrafo único do art. 1.053, que estabelece a possibilidade de o contrato “*prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima*”, letra morta.

⁵⁴ PAPINI, André Lemos. A sociedade limitada e o novo código civil. In RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209-210.

Tal interpretação em nada prejudica eventual desligamento do sócio da sociedade. Quando os sócios elegem a aplicação supletiva das normas referentes às sociedades anônimas, aproximam a sociedade limitada a uma sociedade de capital. Assim, os sócios poderiam desligar-se da sociedade alienando suas quotas a outro sócio ou a terceiro. Ressalvada ainda as hipóteses de dissolução parcial previstas no art. 1.077 do código civil, aplicado tanto às sociedades regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples como por aquelas regidas pelas normas das sociedades anônimas. Quando o sócio dissente de deliberação referente à modificação do contrato social, à fusão da sociedade ou à operação de incorporação, poderá exercer o direito de se retirar da sociedade, aplicando-se no silêncio do contrato o procedimento referente à resolução da sociedade em relação a um sócio, ou seja, o procedimento da dissolução parcial.

Sob a égide do Decreto 3.708/1.919, às sociedades “por quotas de responsabilidade limitada” já se podia aplicar supletivamente as normas referentes às sociedades anônimas. O art. 18 do mencionado Decreto assim prescrevia: “*Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não fôr regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas*”. No entanto, a regência supletiva da lei de sociedades anônimas, vigente à época, não dizia respeito ao Decreto, mas ao contrato social da sociedade “por quotas de responsabilidade limitada” que fosse omissivo em relação à determinada questão. Nesse sentido, manifestou-se Waldemar Ferreira:

[...] Ela é, e o texto é mui claro, subsidiária do contrato de sociedade por quotas: as disposições da lei de sociedade anônima se aplicam “no que não fôr regulado no estatuto social”; e, ainda assim, “na parte aplicável”. Não há, pois, lugar para dúvidas. A lei da sociedade anônima é subsidiária da vontade das partes contratantes da sociedade por quotas, quando puder ser aplicada ao caso. Não é, de modo algum, subsidiária da vontade do legislador, que elaborou a lei de sociedade por quotas.

[...]

Assim, se o contrato houver dotado a sociedade de assembleia geral e conselho fiscal, omitindo, no entanto, o modo de constituição e funcionamento destes órgãos, aplicam-se-lhes, sem dúvida, as disposições da lei das sociedades anônimas, relativas tanto à assembleia geral, como ao conselho fiscal.⁵⁵

Pelo sistema do Código Civil em vigor, a Lei que regulamenta as sociedades anônimas só se aplica supletivamente às sociedades limitadas quando o contrato social desta expressamente assim dispor, sendo “*supletiva da disciplina jurídica das sociedades limitadas e não unicamente do contrato social*”⁵⁶. Por outro lado, no regime do Decreto de 1.919, a Lei

⁵⁵ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**: sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v.3, p. 656.

⁵⁶ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 539.

aplicável às companhias regulamentava as omissões do contrato social da limitada, independentemente de expressa estipulação neste sentido, vez que a regência supletiva decorria de disposição legal.

Afirma-se que, com o advento do Código Civil de 2.002, tem-se, logo, dois subtipos de sociedades limitadas: sociedade limitada sujeita a regência supletiva das normas das sociedades simples e sociedade limitada sujeita a regência supletiva das normas da Lei das sociedades anônimas.

Fábio Ulhoa⁵⁷ destaca uma condição para a aplicação supletiva das normas referentes às sociedades anônimas: a contratualidade. Assim, ainda que o contrato social preveja a regência supletiva da Lei 6.404/76, esta não poderá ser aplicada naqueles aspectos em que os sócios não podem contratar. Se a questão não é e nem pode ser tratada pelo contrato social da limitada, também não se pode aplicar a Lei das sociedades anônimas.⁵⁸

Osmar Brina⁵⁹, por sua vez, ressalta que, existindo previsão expressa no contrato social da aplicação supletiva das normas relativas às sociedades anônimas, somente se aplicará a esta sociedade limitada o que for aplicável às companhias fechadas, ou seja, às anônimas cujos valores mobiliários por elas emitidos não sejam admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

A primeira característica distintiva entre esses subtipos a ser apontada diz respeito ao grau de facilidade com que o vínculo entre sócios e sociedade pode ser rompido. Nas sociedades limitadas sujeitas a regência supletiva das normas das sociedades simples, esse vínculo é considerado instável, ou seja, de fácil rompimento.

O art. 1.029, inserido no capítulo que regulamenta as sociedades simples, do Código Civil em vigor estabelece que qualquer sócio pode, a qualquer momento, retirar-se de sociedade por prazo indeterminado⁶⁰, desde que notifique os demais sócios com antecedência

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 367-368.

⁵⁸ Veja-se o exemplo dado pelo autor:

[...] imagine uma sociedade limitada que deseja emitir debêntures, para a obtenção de recursos destinados ao desenvolvimento da sua atividade econômica. Indago: pode fazê-lo? Se a Lei das Sociedades Anônimas fosse aplicável, em qualquer hipótese de omissão do capítulo próprio do Código Civil, desde que prevista a supletividade pelo contrato social, a conclusão lógica seria a da possibilidade de se realizar a securitização. Mas a resposta correta é a oposta. A sociedade limitada não pode emitir debêntures. E a fundamentação jurídica para essa resposta se encontra no critério apontado: a Lei de Sociedades Anônimas somente é aplicável às limitadas nas matérias a respeito das quais podem os sócios contratar. Nos assuntos que escapam ao âmbito das negociações entre eles, não incide. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p.368).

⁵⁹ LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 413.

⁶⁰ Se se tratar de sociedade por prazo determinado é preciso, se não houver previsão legal ou contratual, prova judicial de justa causa, nos termos do próprio art. 1.029 do CC/02.

mínima de sessenta dias. Assim, o sócio pode, independentemente de justo motivo, pleitear perante a sociedade da qual faz parte do quadro societário a apuração de seus haveres, ou seja, a dissolução parcial da sociedade.

Neste subtipo de sociedade, ou seja, de regência supletiva das normas das sociedades simples, a morte de um dos sócios implica na liquidação de suas quotas. Hipótese em que também haverá a dissolução parcial da sociedade, salvo se houver estipulação no ato constitutivo (contrato social) em sentido diverso, se os demais sócios optarem pela dissolução total da sociedade ou se, através de acordo com os sucessores do sócio falecido, regular-se a sua substituição. (art. 1.028 do CC/02).

Outra regra que demonstra a facilidade com que o vínculo entre sócios e sociedade pode se romper no subtipo societário em questão está prevista no parágrafo único do art. 1.026 do Código Civil. Nos termos do dispositivo mencionado, pode o credor do sócio requerer a liquidação⁶¹ da quota do devedor, tendo a sociedade que depositar o valor apurado em até noventa dias após o término do procedimento de liquidação.

O credor pode, na insuficiência de bens do devedor, requerer a penhora dos dividendos que o sócio devedor auferir ou da parte que lhe tocar em liquidação. Assim, caso, a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor dar ensejo à liquidação das quotas do sócio. O valor apurado será depositado no juízo da execução.

Como há omissão legal quanto à necessidade de um processo judicial para a apuração das quotas do sócio devedor, não haveria obstáculo, caso houvesse concordância da sociedade

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

⁶¹ Sobre a liquidação das quotas do sócio devedor pelo credor:

*Na liquidação da quota não há dissolução nem escopo de extinção da sociedade; esta deve permanecer existindo entre os demais sócios e exercendo a atividade que constitui seu objeto. A liquidação da quota, portanto, tem de ser feita por procedimento que vise, exclusivamente, à determinação do valor do patrimônio da sociedade, aí incluídos os bens que o integram e os resultados (positivos ou negativos) do levantamento contábil. Concluída essa operação, chega-se ao valor que é devido ao sócio e que corresponde ao de sua quota de participação no capital social. Para satisfazer o valor assim apurado, a sociedade tem de desembolsá-lo, depositando-o no juízo da execução. Se a sociedade possuir o numerário, basta separá-lo e efetuar o depósito. Mas, se ela não o possuir e não tiver como angariá-lo, terá de alienar bens de seu patrimônio para tanto [...]. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240).*

Assim, ao mencionar o parágrafo único do art. 1.026 do CC/02 a possibilidade do credor requerer a liquidação das quotas do sócio devedor, a referência está sendo feita ao procedimento que visa determinar o valor da participação societária do devedor. Não há referência, assim, à liquidação entendida como fase do processo de dissolução - que objetiva à extinção da sociedade -, em que há a realização do ativo da sociedade (transformação do patrimônio em numerário) e o pagamento dos credores.

e do próprio devedor, para a utilização da via extrajudicial. Assim, a própria sociedade procederá à liquidação e depositaria o valor apurado.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶² ressalta que diversas situações, no entanto, podem surgir, afastando a via extrajudicial. Num primeiro exemplo, cita a situação em que a participação do sócio é inexpressiva, e, por isso, pode ser conveniente à sociedade a rápida solução extrajudicial da questão. Entretanto, o sócio devedor poderá discordar e impugnar o valor atribuído pela sociedade às quotas na apuração realizada por ela mesma. Hipótese em que a solução seria, então, judicial.

Num segundo exemplo, pontua a hipótese de a participação societária do devedor ser substancial. Nesta situação, a sociedade teria que se desfazer de grande parcela de seu patrimônio, o que poderia comprometer a continuidade da atividade econômica explorada por ela. Haveria, assim, interesse da sociedade em resistir a um procedimento extrajudicial de apuração dos haveres do sócio devedor.

Ressalta, ainda, a possibilidade de a sociedade em uma apuração extrajudicial, em decorrência de sua obrigação de pagamento, não ter o interesse em atribuir valores reais às quotas em liquidação e, “*com muita probabilidade, resistirá à inclusão de seus bens incorpóreos, principalmente os direitos relativos à propriedade industrial (como nome, título de estabelecimento, marcas etc.)*”⁶³.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶⁴, por fim, cita a possibilidade de existirem, nos termos do art. 1.031 do CC/02 restrições contratuais à determinação do valor da quota do devedor na hipótese de uma dissolução do vínculo social restrita a um sócio.⁶⁵

Em contrapartida, nas sociedades limitadas sujeitas a regência supletiva das normas das sociedades anônimas, o vínculo pode ser tido como estável, ou seja, não pode ser rompido facilmente.

No que diz respeito à retirada do sócio, a Lei que regulamenta as sociedades anônimas (Lei 6.404/76), ao contrário do Código Civil, é omissa. Assim, o sócio de sociedade limitada

⁶² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

⁶³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240.

⁶⁵ A questão mereceu a elaboração de Enunciado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

386 - Na apuração dos haveres do sócio, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor. (Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

sujeita supletivamente às normas que regulamentam as sociedades anônimas não pode injustificadamente, simplesmente por se tratar de sociedade por prazo indeterminado, pretender a liquidação de suas quotas a qualquer momento. Apesar de não poder requerer a apuração de seus haveres, poderá, no entanto, vender suas quotas, bem como deve proceder o titular de ações de uma companhia.

Ressalte-se que o sócio poderá exigir a apuração de seus haveres nas hipóteses previstas no art. 1.077 do CC/02. Hipóteses essas previstas no Capítulo que regulamenta as sociedades limitadas e que, logo, aplicam-se aos dois subtipos de sociedades em questão. Assim, poderá haver retirada de sócio quando ocorrer modificação do contrato social, fusão da sociedade e incorporação de outra, ou dela por outra.

Outro fator caracterizador da natureza do vínculo estabelecido entre sociedade e sócios refere-se à hipótese da morte do sócio. A morte, nas sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples, dará ensejo, como já mencionado, à liquidação das quotas do sócio, salvo se houver disposição em contrário no contrato social, acordo entre os sócios para uma dissolução total ou acordo com os herdeiros regulando a substituição do sócio falecido. Em contrapartida, se a sociedade for regida supletivamente pelas normas que regulamentam as sociedades anônimas, as quotas do sócio falecido integrarão o patrimônio a ser repartido entre seus sucessores, vez que a Lei 6.404/76 é omissa quanto à questão da morte de sócio.

Quanto ao destino das quotas sociais na hipótese de morte de sócio, vale ressaltar o posicionamento de Modesto Carvalhosa. Para o autor, bem como sob a égide do Decreto 3.702/1.919, à luz do Código Civil em vigor, as quotas do sócio falecido passam a ser de titularidade do espólio até a partilha final, a despeito da ausência de disposição expressa sobre a substituição do sócio falecido por seus herdeiros. Competiria ao inventariante comparecer nos atos societários, manifestando-se nas assembleias ou reuniões. Assim, salvo estipulação em contrário no contrato social ou opção dos próprios sucessores, não haveria que se falar em liquidação das quotas do sócio falecido e em dissolução parcial da sociedade:

O Código Civil de 2002, apesar de não prever expressamente sobre a substituição do sócio pré-morto por seus herdeiros nas sociedades limitadas, possui um dispositivo (art. 1.056, § 1º) cuja interpretação restaria prejudicada caso não houvesse a possibilidade de substituição acima mencionada. Veja-se:

“Art. 1.056. A quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, caso em que se observará o disposto no artigo seguinte.

§ 1º No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido.

(...)”

Assim, conclui-se que em caso de morte de sócio, os direitos inerentes às quotas que lhe pertenciam são exercidos pelo inventariante, na qualidade de representante do espólio, até que a partilha seja concluída. Não haverá, assim, liquidação das quotas do sócio pré-morto. O espólio continua detendo os direitos sobre as quotas do sócio pré-morto, podendo exercer, se for o caso, o poder de controle da sociedade até que a partilha seja concluída e até que os novos sócios, individualmente, substituam o sócio falecido no âmbito social.⁶⁶

O art. 1.056, §1º do Código Civil seguiria a orientação do art. 7º do Decreto 3.708/1.919, que somente podia ser compreendido se fosse operada a transmissão *causa mortis* das quotas sociais do sócio falecido aos seus sucessores. O dispositivo estabelecia a possibilidade de a sociedade cobrar o montante referente ao valor do capital social subscrito, mas ainda não totalmente integralizado do próprio sócio remisso, de seus herdeiros e de seus sucessores. Se era possível a cobrança dos herdeiros e sucessores, entendia-se que a sociedade não tinha se dissolvido parcialmente e que as quotas do sócio falecido pertenceriam àqueles.⁶⁷

Em que pesem os argumentos de Modesto Carvalhosa, parece que o §1º do art. 1.056 do diploma civil em vigor, utilizado para fundamentação do posicionamento, refere-se às ressalvas à indivisibilidade da quota em relação à sociedade. Como ressalva Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶⁸, o termo “quota” é utilizado, neste contexto, como a participação de cada sócio, ou seja, como o conjunto de quotas, se eventualmente for titular de mais de uma. Assim, nas relações entre sócio e sociedade, não pode cindir as quotas. Não seria, logo, possível que, por exemplo, um sócio, em deliberação societária, vote em sentidos diversos, utilizando uma parte de suas quotas para votar em uma direção e outra parcela das mesmas para votar contrariamente, bem como não seria possível votar com algumas quotas e manter outras em abstenção.

A divisibilidade poderá, no entanto, ocorrer, como prevê o §1º do art. 1056, nas relações jurídicas das quais a sociedade não participa, sejam elas relações de transferência de quotas *causa mortis* ou por atos *inter vivos*. Alfredo de Assis⁶⁹ indica, no entanto, que tal indivisibilidade dependerá de previsão contratual. O contrato poderá atribuir uma quota para a participação de cada sócio ou adotar o sistema das quotas múltiplas, em que o sócio poderia alienar separadamente suas quotas.

Assim, seria o contrato social que definiria se a quota é ou não divisível:

⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. Quotas do sócio falecido. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, janeiro/junho, 2003, p.243-244.

⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. Quotas do sócio falecido. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, janeiro/junho, 2003, p.244.

⁶⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 324.

⁶⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 325.

Se a quota (designando a totalidade da participação do sócio) é indivisível em relação à sociedade, o mesmo pode não acontecer nas relações jurídicas de que ela não participa. Daí a ressalva para efeito de transferência, prevista na segunda parte do preceito sob exame que, entretanto, não está a impedir a indivisibilidade da quota para fins de transmissão, assim por ato entre vivos (art. 1.057), como na sucessão por morte (art. 1.028). Tudo irá depender do que dispuser o contrato social.⁷⁰

Assim, se o contrato previr a divisibilidade e, ainda, dispor sobre a possibilidade de transmissão das quotas na hipótese de morte de um sócio, aplicar-se-ia o §1º do art. 1056, que trata da questão da divisibilidade de quotas e não da possibilidade de transferências de quotas *causa mortis*.

Presente a omissão do Capítulo IV do Código Civil, que regulamenta as sociedades limitadas, no tocante a transferência de quotas *causa mortis*, não haveria como se afastar a aplicação supletiva ou das normas referentes às sociedades simples ou das referentes às sociedades anônimas. Não se poderia, logo, falar em transmissão automática das quotas aos sucessores e ingresso dos mesmos no quadro societário, sem se analisar de qual subtipo de limitada se trata a sociedade em questão.

Por fim, pode-se apontar ainda como fator caracterizador da natureza do vínculo estabelecido entre sociedade e sócios a possibilidade do credor de um sócio de sociedade limitada sujeita às normas aplicáveis às sociedades simples, nos termos do parágrafo único do art. 1.026 do CC/02, requerer a liquidação das quotas do sócio devedor, na hipótese de não existirem outros bens sobre os quais possa recair a execução. Saliente-se que não existe norma com preceito semelhante ao do dispositivo mencionado na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76). Ao credor restaria requerer que penhora, em execução proposta em desfavor do sócio devedor, recaísse sobre suas ações.

Aponta-se a destinação do resultado como segunda característica distintiva entre os subtipos de sociedades em questão. Nas limitadas sujeitas às normas aplicáveis às sociedades simples, os lucros são divididos, salvo estipulação em contrário no contrato social, na proporção das quotas de cada sócio (art. 1.007 do CC/02). Podem, assim, os sócios, em maioria, deste subtipo de sociedade limitada decidir livremente sobre a destinação dos resultados, deliberando até mesmo pelo reinvestimento ou pela distribuição de todo o resultado. Isto ocorre pelo fato de as normas referentes às sociedades simples não trazerem nenhuma obrigatoriedade de distribuição mínima de dividendos. Já a Lei 6.0404/76, incidente supletivamente sobre o outro tipo de sociedade limitada, prevê que os acionistas receberão

⁷⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 325.

como dividendo obrigatório⁷¹ a parcela do lucro estabelecido no estatuto social. Caso o ato constitutivo seja omissivo, esse dividendo corresponderá à metade do lucro líquido, calculado nos termos das alíneas “a” e “b”, inciso I do art. 202⁷².

A solução que é dada à hipótese de empate nas deliberações na sociedade é outro fator que diferencia os subtipos de sociedades limitadas. Nas sociedades sujeitas à regência das normas das sociedades simples, as deliberações são tomadas por maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada sócio. Assim, para a aprovação da deliberação são necessários votos que correspondam a mais da metade do capital social. Mas, se ocorrer empate, prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios, independentemente de suas participações societárias. Se este persistir, a questão será resolvida judicialmente (art. 1.010, §2º do CC/02). Nas sociedades sujeitas à regência das normas que regulamentam as sociedades anônimas, as deliberações também são tomadas por maioria dos votos, mas o empate é resolvido de forma diversa. Ocorrendo este, e se o estatuto não estabelecer a adoção de arbitragem e nem prever solução diversa, nova assembléia geral será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a questão. Persistindo o empate, a solução se assemelha ao do outro subtipo de sociedade limitada: se os sócios não concordarem em destinarem a decisão a um terceiro, a questão também deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário (art. 129, §2º⁷³ da Lei 6404/1976).

⁷¹ No âmbito das sociedades anônimas há também uma possibilidade, prevista no §3º do art. 202 da Lei 6.404/76, de não ocorrer pagamento de dividendo obrigatório. Trata-se de hipótese só aplicável as companhias fechadas e ocorre quando for deliberada em assembléia geral, desde que sem oposição de qualquer acionista presente, a retenção de todo o lucro.

§ 3º A assembléia-geral pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro líquido, nas seguintes sociedades:

I - companhias abertas exclusivamente para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações;
II - companhias fechadas, exceto nas controladas por companhias abertas que não se enquadrem na condição prevista no inciso I.

O dividendo, nos termos do mesmo art. 202, também não será obrigatório se forem incompatíveis com a situação financeira da companhia:

§ 4º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembléia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 (cinco) dias da realização da assembléia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembléia.

⁷² Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

I - metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido dos seguintes valores:

a) importância destinada à constituição da reserva legal (art. 193); e

b) importância destinada à formação da reserva para contingências (art. 195) e reversão da mesma reserva formada em exercícios anteriores; [...]

⁷³ § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se

Para finalizar, pode-se, ainda, indicar a aplicação da teoria *ultra vires* às sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva das normas das sociedades simples como o último critério distintivo a ser apontado neste trabalho. A *ultra vires doctrine* surgiu na Inglaterra, em meados do século XIX, através das cortes britânicas, que tinham por finalidade evitar desvios na administração das sociedades por ações, preservando, assim, os interesses dos investidores. Pela teoria, os atos praticados pelos administradores em nome da sociedade, mas que extrapolassem o objeto social explorado pela mesma, seriam considerados nulos⁷⁴.

A partir de 1.856, na Inglaterra, a aquisição de personalidade jurídica das sociedades por ações e a limitação da responsabilidade dos acionistas deixaram de estar relacionadas a um ato específico de outorga do poder real ou parlamentar, para se condicionarem ao registro do documento constitutivo perante a repartição pública competente. As cortes, logo, voltaram-se para a extensão indevida dos efeitos do registro, ou seja, para os atos estranhos ao objeto social, e passaram a rechaça-los.⁷⁵ É neste contexto que surge a teoria dos atos *ultra vires*.

A teoria trouxe diversos inconvenientes para as sociedades inglesas, vez que negócios jurídicos só eram firmados se houvesse certeza de que o objeto de tal negócio estaria abarcado pelo objeto social devidamente registrado. Em decorrência da insegurança causada naqueles que contratavam com a sociedade, a teoria foi perdendo seu rigor. O ato que extrapolasse o objeto social deixou de ser nulo para ser considerado simplesmente inimputável à sociedade em nome da qual havia sido praticado. A sociedade não restaria obrigada perante o terceiro, que, no entanto, poderia demandar o cumprimento do pactuado do administrador que praticou o ato. Mas, se o contratante demonstrasse que era justificável seu desconhecimento sobre a real extensão do objeto social, poderia ainda, numa consagração do princípio da boa-fé, exigir a prestação também da sociedade.⁷⁶

Em 1.989, com a entrada do Reino Unido na Comunidade Econômica Européia, a teoria foi definitivamente abandonada⁷⁷. Assim, a teoria, que nem mesmo em seu país de origem é mais adotada, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 2.002. Até então, as questões atinentes ao excesso de poderes dos administradores eram resolvidas com base na teoria da aparência, prevalecendo, assim, a boa-fé dos que contratavam. A adoção da *ultra vires doctrine* ficava restrita à possibilidade de a

permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.

sociedade acionar em regresso aquele administrador que praticava atos que extrapolavam o objeto social.

Nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do CC/02, os atos praticados pelo administrador em excesso de poder podem ser opostos a terceiros em três situações previstas em seus incisos: quando a limitação de poderes estiver averbada na Junta Comercial, quando se provar que o terceiro tinha conhecimento de que o administrador estava praticando ato que exorbitava os poderes que lhe foram conferidos e quando se tratar de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. Essa terceira hipótese (inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do CC/02) tem clara inspiração na teoria *ultra vires*. Assim, os atos praticados com excesso de poder pelo administrador também não vincularão a sociedade.

Independentemente do subtipo de sociedade limitada, ou seja, da regência supletiva a que estão submetidas as sociedades, a questão da delimitação da responsabilidade dos sócios é de suma importância. Nesta tarefa, pode-se afirmar que o tratamento conferido a ambos os subtipos é o mesmo; vez que como o Capítulo do Código Civil em vigor que regulamenta as sociedades limitadas trata da questão da responsabilidade dos sócios de forma expressa, não há que se falar em regência supletiva. Logo, ainda que a sociedade limitada estiver sujeita à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples não haverá responsabilidade subsidiária ou solidária dos sócios em relação às dívidas da sociedade, ou seja, não haverá a aplicação do art. 1.023⁷⁸ do CC/02. O Código, no art. 1.052 – integrante do Capítulo que trata das sociedades limitadas – estabelece de forma expressa, como já mencionado, que “*a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas*”.

4.2 Responsabilização pessoal dos sócios: critério para distinguir as sociedades de pessoas das sociedades de capital?

Para João Eunápio Borges⁷⁹, o elemento que distinguiria uma sociedade de pessoas de uma sociedade de capital seria a responsabilização pessoal ou não dos sócios pelas obrigações da sociedade, ou seja, “*a garantia oferecida pela sociedade a seus credores*”. Se o patrimônio individual de um ou mais sócios respondesse subsidiariamente pelas dívidas da sociedade, esta seria classificada como sociedade de pessoas. Caso contrário, ou seja, quando o

⁷⁸ Art. 1.023. *Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.*

⁷⁹ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p.56.

patrimônio da sociedade fosse a única garantia dos credores, a sociedade deveria ser tida como uma sociedade de capital.

Assim, as sociedades, até então denominadas “por quotas de responsabilidade limitada”, seriam classificadas como de capital, apesar de ressaltar a inutilidade prática de tal classificação⁸⁰. Ainda que os sócios fossem responsáveis solidariamente pela total integralização do capital social, uma vez realizado todo o capital social nada mais deveriam nem a sociedade nem a terceiros credores.

Entretanto, o que diferencia uma sociedade de pessoas de uma de capital, como defende Fábio Ulhoa Coelho⁸¹, é o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades pessoais dos sócios. Se a realização do objeto social depender dos atributos pessoais – qualidade técnica e intelectual, reputação no mercado, formação profissional etc – dos sócios, estar-se-á diante de uma sociedade de pessoas. Assim, poder-se-ia afirmar que neste tipo de sociedade, as qualidades pessoais dos sócios são fatores decisivos para o exercício da atividade econômica explorada. Mas, se o fator preponderante para o desenvolvimento da atividade for o aporte de capital realizado pelo sócio, ou seja, a contribuição material, a sociedade é classificada como sociedade de capitais.

Assim, as sociedades de pessoas seriam aquelas “*donde es más importante el elemento personal, prima la consideración de la persona de los socios y las relaciones entre los mismos y con la sociedad*”. Em contrapartida, nas sociedades de capital “*no interesa quiénes son los socios ni cuál es su actividad en la sociedad. Prima la consideración del elemento capital, importa la reunión de capitales. No se tiene en cuenta las cualidades o características personales de los participantes*”^{82 83}.

Marlon Tomazette⁸⁴ assevera que da adoção deste critério distintivo podem ser traçadas outras características peculiares a cada tipo de sociedade. A primeira característica relaciona-se com a administração da sociedade. As sociedades de pessoas somente poderiam ser administradas por sócios, ao contrário das sociedades de capital, em que a gestão não se

⁸⁰ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p. 128.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 23.

⁸² Assim, as sociedades de pessoas seriam aquelas em que é mais importante o elemento pessoal, priorizando-se a pessoa dos sócios e as relações entre estes e a sociedade. Em contrapartida, nas sociedades de capital não interessa quem são os sócios ou qual atividade desenvolve a sociedade. Prioriza-se o elemento capital, ou seja, o que interessa é a reunião de capital. Não se leva em conta das qualidades ou características pessoais dos participantes. (tradução nossa)

⁸³ MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciales**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p.18.

⁸⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1, p. 281-283.

vincularia necessariamente à qualidade de sócio. A segunda característica diz respeito à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Nas sociedades de pessoas, no mínimo, uma das classes de sócios possuiria responsabilidade solidária e ilimitada, enquanto, nas sociedades de capital, todos os sócios possuem responsabilidade limitada ao valor de sua contribuição. O terceiro traço peculiar refere-se à entrada de novo sócio na sociedade. Nas sociedades de pessoas, não é livre o ingresso de terceiros na sociedade, sendo preciso o consentimento dos demais sócios para a alienação da participação societária. Em contrapartida, nas sociedades de capital, como as características pessoais dos sócios não são fatores decisivos no desenvolvimento da atividade explorada, o ingresso de novos sócios é livre.

A quarta característica está intimamente relacionada com a terceira. Ocorrendo, em uma sociedade de pessoas, a morte ou sobrevindo a incapacidade de um dos sócios, poderá ocorrer a sua dissolução parcial, vez que os atributos pessoais do sucessor do sócio falecido ou do representante do sócio incapaz podem não se coadunar com os interesses da sociedade. Mas, se se tratar de sociedade de capital, a morte ou incapacidade em nada influenciaria no exercício da atividade econômica. Outro elemento distintivo dos tipos de sociedade em questão seria a utilização do nome empresarial: as sociedades de pessoas utilizariam a razão ou firma social, enquanto as sociedades de capital se valeriam da denominação. Por fim, a última característica apontada pelo autor decorre da quebra da *affectio societatis*, que, caso ocorra, poderia dar ensejo nas sociedades de pessoas à exclusão do sócio que causou o rompimento. Se a sociedade for de capital, não seria possível a exclusão simplesmente pela quebra da *affectio societatis*.⁸⁵

A dificuldade em classificar a sociedade limitada é antiga. A controvérsia já era acentuada sob a égide do Decreto 3.708/1.919. Waldemar Ferreira⁸⁶ afirmava que as sociedades limitadas eram sociedades de pessoas, por ser a responsabilidade dos sócios solidária e limitada ao montante do capital social. A solidariedade seria um atributo pessoal. Assim, a solidariedade dos sócios pelas obrigações sociais só revelaria o caráter personalíssimo das sociedades limitadas. Rubens Requião⁸⁷ também defendia que as sociedades limitadas eram sociedades de pessoas, ressalvando, no entanto, a possibilidade de

⁸⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 281-283.

⁸⁶ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**: sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 19958, v.3, p. 651.

⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1, p. 413.

os sócios, no contrato social, darem “*cunho capitalístico*” à sociedade, ao permitir a cessão de quotas a estranhos sem que se fizesse necessário o consentimento dos demais sócios.

Em já mencionada tese contrária, João Eunápio Borges, apesar de ressaltar a inutilidade da classificação, mas “*por amor à tradição*”⁸⁸, qualificava as sociedades limitadas como sociedades de capital.

Marlon Tomazette, já sob a égide do Código Civil de 2002, após traçar as características distintivas entre sociedades de pessoas e sociedades de capital, conclui que são sociedades de pessoas as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, as sociedades simples e as sociedades em conta de participação. Por outro lado, seriam sociedades de capital as sociedades por ações, ou seja, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. As sociedades limitadas, por sua vez, seriam sociedades híbridas, ou seja, ora guardariam características de sociedades de pessoa, ora de sociedades de capital. Sua classificação, assim, dependeria do caso concreto.⁸⁹

A solução encontrada pelo autor não é, no entanto, nova. João Eunápio Borges⁹⁰, ainda à luz do Decreto n.º 3.708/1919, já mencionava que alguns⁹¹ entendiam que a sociedade limitada era uma sociedade mista ou de transição⁹². A classificação em sociedade de pessoas

⁸⁸ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p.56.

⁸⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 281-283.

⁹⁰ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p.56.

⁹¹ Fran Martins, por exemplo, defendia que as sociedades por quotas adotavam tanto princípios das sociedades de pessoas como das de capital:

Das sociedades de pessoas se utilizam dos princípios relativos à constituição, no caso um contrato como base de sua formação. Manda o dec. n.º 3.708 que se organizem segundo as regras dos arts. 300 a 302 do Cód. Comercial, ou seja, de acôrdo com as normas que concernem à constituição das sociedades de pessoas. Mas, enquanto assim o faz, o mesmo dispositivo acrescenta que deve ‘ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social’, principio não admitido em uma sociedade de pessoas, em que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é subsidiariamente ilimitada.

Existem, dêsse modo, no mesmo diploma legal, normas pertencentes tanto às sociedades chamadas de pessoas como às de capitais. [...] A constituição, segundo as regras dos arts. 300 e 302 do Cód. Comercial, acrescida da solidariedade dos sócios até o total do capital, com suas principais conseqüências – a gerência da sociedade apenas por sócios e a modificação do contrato com a retirada de qualquer sócio – é tão característica de uma sociedade de pessoas como a limitação da responsabilidade dos sócios o é de uma sociedade de capitais. Fazer prevalecer apenas uma dessas normas nos parece injustificável.

Em tais condições, tendo-se em vista características próprias da sociedade, deve ser ela considerada como uma sociedade intermediária das de pessoas e das de capitais, possuindo, contudo, elementos essenciais de ambas essas categorias [...]. (MARTINS, Fran. **Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 1, p. 336-337)

⁹² Ricardo Merlinski, ao tratar da “sociedad de responsabilidad limitada” uruguaia, assevera que possui características tanto das sociedades de pessoas como das sociedades de capital:

No es una sociedad estrictamente personalista; tampoco es una sociedad de capitales. Tiene rasgos de ambas. Combina lãs ventajas de unas y otras.

ou de capital dependeria do número de sócios, do valor do capital social e da forma de organização ou funcionamento da sociedade.

Para Tomazette, se os sócios estabelecerem a regência supletiva das regras aplicáveis às sociedades simples, a sociedade será classificada como sociedade de pessoas. Caso a regência seja das regras que regulamentam as sociedades anônimas, a sociedade será de capital⁹³. Assim, na hipótese de adoção da posição do mencionado autor, seria possível que uma sociedade empresária fosse classificada como sociedade de pessoas.

Para tanto, tem-se que levar em consideração a posição defendida neste trabalho de que somente as sociedades limitadas empresárias podem ser regidas supletivamente ou pelas normas incidentes sobre as sociedades simples ou pelas normas referentes às sociedades anônimas, dependendo da vontade dos sócios. Primeiro, porque as sociedades simples quando se revestem do tipo societário de sociedade limitada não perdem a condição de sociedades simples. Assim, nas omissões do Capítulo do Código Civil referente às sociedades limitadas, aplicar-se-á o Capítulo que trata das sociedades simples. E, por fim, porque as sociedades simples não podem adotar o tipo societário das sociedades por ações, aí incluída as sociedades anônimas. Estas são, por expressa disposição do parágrafo único do art. 982 do CC/2002, sociedades empresárias, independentemente do objeto que exploram. Assim, se não podem as sociedades simples adotar a “roupagem” de sociedades anônimas, não sendo, logo, possível fazer incidir sobre elas as normas referentes a tal tipo societário, também não seria possível a aplicação de forma supletiva. Interpretação diversa seria uma forma de burlar a prescrição do parágrafo único art. 982 do CC/2002.

Por isso, pode-se afirmar que a questão da regência supletiva a ser aplicada as sociedades limitadas somente é discutida se a sociedade for classificada como empresária. Assim, se adotado o critério proposto por Marlon Tomazette, seria possível que uma sociedade limitada empresária fosse classificada como sociedade de pessoas, desde que adotasse a regência supletiva das normas incidentes sobre as sociedades simples.

Outra configuração possível, para Tomazette, diz respeito as cessão de quotas. Se não for estabelecido nenhum obstáculo à cessão a terceiros estranhos à sociedade, esta será

Não é uma sociedade estritamente de caráter personalíssimo, nem tampouco é uma sociedade de capitais. Possui características de ambas. Combina vantagens de uma e de outra. (Tradução nossa) (MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciais**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p.151).

⁹³ No mesmo sentido Frederico Simionato:

Se determinada sociedade tem matiz pessoal, essa será a sua natureza, e nas omissões da lei terá aplicação a disciplina da sociedade simples; se ao reverso, determinada sociedade limitada tem matiz capitalista, essa será a sua natureza, e seria aconselhável que o contrato social estabelecesse a regência supletiva da lei das sociedades anônimas para dirimir conflitos e, principalmente, ao interpretar o contrato social. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 548-549)

classificada como sociedade de capital. Mas se, ao contrário, a cessão estiver condicionada ao consentimento dos outros sócios, a sociedade será de pessoas (art. 1.057 do CC/02). É a vontade dos sócios que também definirá o administrador da sociedade. Se optarem, nos termos do art. 1.061 do CC/02, por um administrador estranho ao quadro social, após aprovação por unanimidade dos sócios se o capital social ainda não estiver todo integralizado ou por maioria de 2/3 se já estiver completamente integralizado, a sociedade será tida como uma sociedade de capital. Por outro lado, se elegerem que a administração será exercida somente por sócio, a sociedade será classificada como de pessoas.⁹⁴

Assim, a classificação somente poderia ser definida no caso concreto, ou seja, após a análise do contrato social e da vontade dos sócios.

Entendimento semelhante é o de Fábio Ulhoa. Para o autor “*a negociação, traduzida no contrato social, elucida se a limitada será de pessoa ou de capital*”.⁹⁵ Ressalta ainda que a importância da classificação ora em análise se concentra em três aspectos: nas condições para cessão das quotas, na impenhorabilidade das mesmas e nas conseqüências da morte de um sócio. Questões estas que deveriam ser definidas pelos sócios no contrato social e, que definiriam da natureza da sociedade limitada⁹⁶.

Nas sociedades limitadas de pessoas, a cessão dependeria da anuência dos sócios, pois o ingresso de um novo sócio na sociedade poderia atingir os interesses dos demais. Por outro lado, nas sociedades limitadas de capital, a cessão de quotas independeria da manifestação dos outros sócios.⁹⁷

Morrendo um dos sócios, suas quotas serão transferidas aos seus sucessores. Se a sociedade for de pessoas, o ingresso de estranhos no quadro social poderia atrapalhar o desenvolvimento da atividade econômica. Assim, neste tipo de sociedade, morte de um sócio poderia ensejar a dissolução parcial da sociedade. O que não ocorreria se se tratasse de

⁹⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 338-339.

⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 370.

⁹⁶ Para o autor, se os três critérios apresentados forem insuficientes para definir a natureza da sociedade limitada, dever-se-ia considerá-la sociedade de pessoas, pois:

[...] no Código Civil de 2002, a disciplina referente às conseqüências da morte de sócio e condições para a alienação das quotas sociais, aplicáveis se o contrato social não dispuser em sentido contrário, adota solução que aproxima as limitadas às sociedades de pessoas. De fato, ao dispor sobre as conseqüências da morte de sócio, o art. 1.028 do CC/2002 (sempre aplicável às sociedades limitadas, por dizer respeito à Constituição) prevê a liquidação das quotas do sócio falecido a menos que o contrato social disponha diferentemente. A seu turno, o art. 1.057 do CC/2002 estabelece que o sócio só pode alienar suas quotas a terceiros estranhos à sociedade se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social a menos que o contrato social disponha diferentemente. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 376)

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 373.

sociedade de capital, pois os atributos pessoais dos sócios seriam irrelevantes para a sociedade.⁹⁸

Por fim, defende Ulhoa que as quotas da sociedade limitada de pessoas, ao contrário da de capital, seriam impenhoráveis no bojo de execuções contra o sócio devedor. A impenhorabilidade decorreria do fato de que com a alienação judicial das quotas, o arrematante passaria à condição de sócio em uma sociedade em que as características pessoais de seus membros são elementos relevantes.⁹⁹

A questão da penhorabilidade das quotas de sociedades limitadas sempre foi objeto de discussão. Waldemar Ferreira¹⁰⁰, sob a vigência do Decreto n.º 3.708/1917, militou pela impenhorabilidade das quotas por dívidas particulares dos sócios, pois a partir do momento em que os sócios integralizam suas quotas, esta entrada se integraria ao capital social. Assim, não teriam “as quotas vida distinta da do patrimônio social”¹⁰¹. Não pertenceriam ao patrimônio individual do sócio. O credor somente poderia executar os “fundos líquidos” que tocariam ao sócio na sociedade e, desde que não inexistissem outros bens desembaraçados ou se fossem insuficientes.

Também sob a égide do mencionado Decreto, Nelson Abrão defendia, por sua vez, que as quotas de sociedades limitadas poderiam ser penhoradas no bojo de execução contra seu titular, pois tais quotas não estariam compreendidas, “*nem qualquer outra parte social das sociedades de pessoas, entre os bens absolutamente impenhoráveis arrolados pelo art. 649 do Código de Processo Civil*”¹⁰². Assim, ainda que se tratasse a sociedade limitada de sociedade de pessoas, suas quotas poderiam sofrer a constrição judicial da penhora em execuções contra seus sócios.

Ressaltava, no entanto, que eventual arrematação ou adjudicação das quotas não importaria em transmissão para o adquirente da condição de sócio. Haveria somente a transferência de direitos patrimoniais voltados à solução da dívida ora em execução, devendo, assim, o credor, liquidar as quotas arrematadas ou adjudicadas.¹⁰³

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 374.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 373-374.

¹⁰⁰ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis: sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v.3, p. 771-775.

¹⁰¹ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis: sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v.3, p. 772.

¹⁰² ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

¹⁰³ ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 90-91.

João Eunápio Borges, ainda à luz do antigo Código de Processo Civil de 1.939, em que predominava o entendimento¹⁰⁴ da impenhorabilidade, já afirmava também que, em tese, era possível a penhora de quotas, desde que elas fossem alienáveis e cessíveis¹⁰⁵. Assim, se o contrato proibisse a cessão das quotas, tornando-as inalienáveis, não poderiam ser penhoradas, salvo com o consentimento dos sócios¹⁰⁶.

Waldo Fazzio Junior¹⁰⁷ manifesta-se pela penhorabilidade das quotas, também por não integrarem as mesmas as relações de bens impenhoráveis contidas nos arts. 649 e 655 do Código de Processo Civil em vigor. Como o patrimônio do devedor é a garantia de seus credores, somente a existência de regra expressa poderia afastar a possibilidade de penhora das quotas. Assim, na insuficiência de outros bens do devedor, poderia o credor, nos termos do art. 1.026 do CC/2002, fazer recair sua execução sobre o que couber nos lucros ao sócio devedor ou sobre o que lhe tocar na liquidação. Caso a sociedade não estivesse dissolvida, poderia ainda o credor requerer a liquidação das quotas do devedor, satisfazendo seu crédito com o produto de tal liquidação.

José Waldecy Lucena, na mesma esteira de Nelson Abrão e Waldo Fazzio Júnior, também defende que o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações, ressalvados os bens considerados impenhoráveis pela própria lei como, por exemplo, os previstos nos arts. 649 e 650 do Código de Processo Civil. A quota não estaria entre os bens ressalvados por lei.¹⁰⁸

Assim, fundamentando-se no Código de Processo Civil em vigor, apresenta posição favorável à penhora de quotas das sociedades limitadas. Caso se trate de sociedade formada *intuitu personae*, em que o contrato social imponha restrição à livre cessão das quotas, a penhora poderia ser efetuada, mas a execução somente alcançaria o direito patrimonial do sócio executado. Não poderia atingir o direito pessoal, que se consubstancia na condição, ou seja, no *status* de sócio. Desse modo, o credor executaria apenas os lucros líquidos que tocariam ao devedor. Se estes não forem suficientes para solver a dívida, as quotas poderiam

¹⁰⁴ Nesse sentido leciona José Waldecy Lucena:

*Sob a vigência do anterior Código de Processo Civil, prevaleceu a tese da impenhorabilidade das quotas das sociedades limitadas, ao amparo das seguintes normas: [...] (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 367)*

¹⁰⁵ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p.160.

¹⁰⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 1 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2, p.162.

¹⁰⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 161.

¹⁰⁸ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 367.

ser liquidadas, através da dissolução parcial da sociedade, caso a dívida não tivesse sido remida antes pela própria sociedade ou pelos demais sócios.¹⁰⁹

Caso a sociedade não for constituída *intuitu personae*, a execução poderia recair tanto sobre o direito patrimonial como sobre o direito pessoal, podendo, assim, o credor ingressar na sociedade e substituir o sócio executado.¹¹⁰

Afirma ainda que o Código Civil de 2002 encerrou as controvérsias sobre a penhorabilidade de quotas. Nem mesmo o contrato social, ao regular a cessão das quotas, teria o condão de impedir a penhora, por ser esta “*instituto de direito processual, portanto de direito público, e, destarte, dizendo respeito diretamente ao tema da efetividade do processo, desenvolvido recentemente por processualistas da melhor suposição*”¹¹¹.

O autor ressalta que o art. 1.026 do CC/2002 – inserido no capítulo das sociedades simples, mas aplicável tanto às sociedades limitadas regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples como às regidas supletivamente pelas normas das sociedades anônimas, por inexistir na legislação pertinente a estas últimas norma sobre a questão – admite expressamente a penhora. Mas a submete ao preenchimento de condições. A primeira condição seria que a penhora da quota somente ocorreria se os outros bens do sócio executado fossem insuficientes à satisfação do credor. A segunda seria que, antes de se liquidar as quotas do devedor, dever-se-ia dar preferência à execução dos lucros que competiriam a ele:

Assim, somente se inexistirem outros bens do sócio devedor, se não houver lucros ou se forem insuficientes para suportar a execução, e finalmente, se a sociedade não estiver dissolvida, somente então dar-se-á a penhora das quotas sociais, as quais serão objeto de liquidação, cujo valor será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até 90 dias após a conclusão da liquidação (art. 1026 e p.u).¹¹²

Ocorre que o art. 1.026 não estabelece a segunda condição elencada por Waldecy Lucena, ou seja, não impõe que “*antes de se liquidar a quota do sócio devedor, primeiro se executem os lucros deste na sociedade*”¹¹³. O *caput* do dispositivo fixa que a execução pode recair sobre os lucros ou sobre a parte que tocar em liquidação ao devedor. O parágrafo único, por sua vez, somente prevê a possibilidade de o credor, caso a sociedade não estiver dissolvida, requerer tal dissolução. Não há, assim, no dispositivo em análise uma ordem

¹⁰⁹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 378-379.

¹¹⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 380.

¹¹¹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 383.

¹¹² LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 386.

¹¹³ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 386.

preferencial executiva a ser seguida pelo credor, que poderia, em uma análise literal da norma, requerer diretamente a dissolução parcial da sociedade.

Talvez, uma ordem preferencial possa existir em decorrência do princípio da economia da execução, previsto expressamente no art. 620¹¹⁴ do Código de Processo Civil, e não por previsão do art. 1.026 do Código Civil. Pelo princípio em questão, a execução, satisfazendo os créditos do credor, deve se fazer pelo meio menos prejudicial para o devedor. Não restam dúvidas que a execução contra o sócio será muito menos gravosa se recair sobre os lucros líquidos que lhe são devidos, ao invés de incidir sobre suas quotas. Nesta situação, sofreria uma diminuição patrimonial, mas não perderia, em decorrência da dissolução parcial da sociedade em relação a ele, sua condição de sócio, podendo, assim, continuar a perceber lucros futuros.

Por fim, Vinícius Gontijo¹¹⁵ também firmou entendimento no sentido de que as sociedades limitadas são sociedades híbridas, por se permitir àqueles que subscreveram o capital social optarem por constituir uma sociedade de pessoas ou uma sociedade de capital. A classificação quanto à estrutura econômica decorreria do instrumento constitutivo em si e, não, do efeito jurídico deste. Competiria, desse modo, ao contrato social fixar a natureza da sociedade.

Ressalta ainda que o tratamento conferido pelo Código Civil às sociedades limitadas ora conduz à conclusão de que se tratam elas de sociedades de pessoas, ora de que se tratam de sociedades de capital:

Com efeito, há dispositivos legais que nos conduzem à compreensão da sociedade limitada como sendo de capital (como, por exemplo: o *quorum* de deliberação de cessão de quotas pelo capital social: *caput* do art. 1.057, CC) e de pessoas (como, por exemplo: *quorum* unânime para a eleição de terceiro como administrador, enquanto as quotas não estiverem totalmente integralizadas: art. 1.061, CC).¹¹⁶

Conclui-se, assim, que a sociedade limitada tanto pode ser uma sociedade de pessoas como pode ser uma sociedade de capital. A classificação, no entanto, não pode ser feita *a priori*. Somente no caso concreto, após a análise de seu contrato social, é que se pode classificar a sociedade limitada como sociedade de pessoa ou como sociedade de capital. Tal situação decorre do fato de o tipo societário em questão possuir características típicas tanto

¹¹⁴ Art. 620. *Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.*

¹¹⁵ GONTIJO, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. In RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 194-203.

¹¹⁶ GONTIJO, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. In RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 198.

das sociedades de pessoas como das sociedades de capital, dependendo da vontade dos sócios, expressa no ato constitutivo da sociedade.

A extensão da responsabilidade dos sócios em relação às obrigações da sociedade não é critério para classificar uma sociedade em sociedade de pessoas ou em sociedade de capital.

5 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A SOCIEDADE LIMITADA: EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DE SEUS INTEGRANTES

A Lei 12.441/2011, alterando o Código Civil em vigor, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Assim como nas sociedades limitadas, o membro das empresas individuais tem sua responsabilidade limitada ao valor do capital que integralizou. Diferem-se, no entanto, pelo fato destas serem constituídas por uma única pessoa titular da totalidade do capital, enquanto aquelas resultam da reunião de “*pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica*” (art. 981 do CC/002). São institutos colocados à disposição daqueles que desejam, seja individualmente seja de forma coletiva, explorar atividade econômica com a salvaguarda dos bens particulares. Eis a pertinência dos apontamentos a seguir a respeito das empresas individuais de responsabilidade limitada.

Trata-se a EIRELI, nos termos do art. 44, VI do CC/2002, de uma pessoa jurídica de direito privado, diversa de uma sociedade¹¹⁷ ou de uma associação. O próprio dispositivo mencionado a elenca em inciso diverso das sociedades, em uma clara demonstração de que se trata de instituto autônomo. Da análise da localização do regramento do instituto no Código Civil, também se pode perceber que a empresa individual não é uma espécie de sociedade. Os dispositivos que a regulamentam não foram inseridos no Título II, que trata das sociedades. Criou-se um Título próprio – o Título I-A – para se inserir os dispositivos atinentes à EIRELI.

Ademais, caso se admitisse no Brasil a constituição de uma sociedade composta por único membro que tivesse sua responsabilidade restrita ao valor do capital integralizado, estar-se-ia diante de uma verdadeira sociedade limitada com apenas um sócio. Só se admite, no entanto, em relação às sociedades limitadas a unipessoalidade derivada e temporária, ou seja, não se permite que a sociedade seja já em sua constituição composta por um único

¹¹⁷ O deputado Marcos Montes, na justificativa do Projeto de Lei n.º 4.606/2009 - projeto por ele apresentado e que foi convertido na Lei 12.441/2011 - indica, no entanto, que a empresa individual de responsabilidade limitada é sociedade unipessoal:

Para justificar a importância de apresentarmos o presente projeto de lei, que tem o objetivo de instituir legalmente a “Sociedade Unipessoal”, também conhecida e tratada na doutrina como “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, [...].

[...] Pois bem, Senhores Parlamentares, valho-me das palavras finais do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moares para indagar por que esperamos tanto nesta casa para disciplinar esse novo modelo de sociedade empresária em nosso País [...] (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=422915>>. Acesso em: 16 março 2012).

membro. O Código Civil, em seu art. 1.033, IV, simplesmente admite que eventual unipessoalidade decorrente de fatos supervenientes à constituição da sociedade persista pelo prazo máximo de 180¹¹⁸ dias.

Não se trata, logo, de uma sociedade unipessoal. Evitou o legislador, assim, discussão sobre a possível compatibilização¹¹⁹ do instituto das sociedades e sua composição por um único membro, pois é consabido que a formação de uma sociedade, seja qual for o seu tipo, pressupõe a comunhão de vontade de, no mínimo, duas pessoas naturais ou jurídicas¹²⁰.

Há, no entanto, posicionamento em sentido contrário, ou seja, que classifica as empresas individuais como sociedades unipessoais. Gladston Mamede¹²¹ defende que as pessoas jurídicas de direito privado poderiam ter somente três naturezas jurídicas: associações, fundações e sociedades. As fundações seriam constituídas a partir de bem ou bens jurídicos, enquanto as sociedades e as associações seriam constituídas por pessoas. Nas sociedades, permite-se que os resultados obtidos, ou seja, os lucros sejam distribuídos entre os sócios. Em contrapartida, nas associações o resultado deve ser necessariamente

¹¹⁸ Nos termos do art. 1.033 do Código Civil, a não recomposição, no prazo máximo de 180 dias, da pluralidade de sócios de uma sociedade limitada é causa de sua dissolução. Para se evitar tal dissolução, o legislador colocou à disposição daquele sócio que passou a concentrar todas as quotas em suas mãos a possibilidade de requerer a transformação da sociedade limitada em um empresário individual ou em uma empresa individual de responsabilidade limitada. Assim, caso a EIRELI fosse considerada, como defendem alguns, uma sociedade unipessoal, e, logo, uma verdadeira sociedade limitada composta por um único membro, não haveria nenhuma necessidade de se transformar uma sociedade limitada com unipessoalidade derivada em uma EIRELI. Bastaria no Registro Público competente fosse averbada às margens do ato constitutivo da sociedade sua unipessoalidade derivada.

¹¹⁹ Fernando Antonio Sacchetim Cervo justifica da seguinte forma as sociedades unipessoais:

As teorias institucionalista e contratualista contribuíram de modo fundamental para desenvolvimento do princípio da separação patrimonial. Pela primeira teoria, a empresa não é resultado de um negócio jurídico em que são organizados bens para exercício da atividade econômica produtiva, mas um centro no qual estão presentes interesses dos mais variados, que vão desde sócios, trabalhadores, investidores, Estado até consumidores que encontram na preservação do agente econômico seu principal foco de atendimento de suas necessidades. Inserido nesse contexto, desponta a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse meramente privado, assumindo a sociedade um caráter institucional, sendo perfeitamente possível sua criação por um único sócio. A teoria contratualista, superando a vetusta visão da empresa como contrato de pessoas em busca do lucro, encontra nesse negócio jurídico a idéia de individualização do patrimônio destinado ao exercício da atividade econômica organizada, estrutura jurídica perfeitamente viável no aspecto individual. (CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 2, n.9, p. 72, junho 2006).

¹²⁰ Wildes Ariana Bruscatto, embora considere que a natureza contratual é essencial à configuração de uma sociedade, aponta a existência de posicionamento em sentido contrário:

A superação desse elemento, seguindo as tendências atuais, vem sendo admitida através do argumento, em linhas gerais, de que a personalidade jurídica é uma criação humana, que se faz por meio de um sistema legal e esse sistema legal pode aceitar aquilo que seja conveniente para o grupo social. Se é possível dizer que várias pessoas reunidas em torno de um mesmo ideal formam um ser distinto de todos os seus membros, por que não se poderia aceitar que a participação societária pudesse concentrar-se nas mãos de uma única pessoa, que poderia, a qualquer instante, admitir dividi-la com outras? A exigência da pluralidade de sócios seria um resquício de épocas passadas, quando a sociedade era eminentemente contratual. (BRUSCATTO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 240-241)

¹²¹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.1, p. 98.

reempregado na realização dos fins da pessoa jurídica, sendo vedada a distribuição entre seus membros. Neste sentido, defende que as organizações religiosas e os partidos políticos teriam a natureza jurídica de associações, apesar de possuírem características próprias que justificam serem elencados em incisos diversos do art. 44 do Código Civil. As empresas individuais de responsabilidade limitada, por sua vez, seriam sociedades unipessoais. E em decorrência da particularidade de serem constituídas por um único sócio, justificar-se-ia o fato de também serem elencadas em inciso próprio do art. 44. Mas, em razão dos fundamentos já expostos, não é esta a posição que deve prevalecer. As empresas individuais são pessoas jurídicas de direito privado bem como as sociedades, mas com elas não se confundem.

As empresas individuais são constituídas por uma única pessoa, titular de todo o capital social integralizado. Assim, passou-se a admitir a constituição de pessoa jurídica unipessoal para exploração de atividade econômica¹²², o que antes só se admitia em situações excepcionais ou transitórias, como, por exemplo, a das sociedades subsidiárias integrais¹²³ e a das sociedades que perdiam a pluralidade de sócios, mas que deveria, no entanto, ser reconstituída no prazo de 180 dias, sob pena de dissolução da sociedade (art. 1.033, IV do CC/2002). Hipótese esta também prevista pela Lei 6.404/1976. Nas sociedades anônimas, a pluralidade deve, no entanto, ser recomposta até a assembleia geral ordinária seguinte à da verificação da existência de um único sócio (art. 206, I, *d*).

A empresa individual passou a ser também alternativa para se evitar a dissolução da sociedade quando da concentração de todas as quotas nas mãos de um único sócio. Anteriormente ao advento da Lei 12.441/2001, o sócio remanescente poderia, para evitar a dissolução da sociedade, somente reconstituir a pluralidade de sócios ou requerer perante a Junta Comercial a transformação do registro de sociedade em empresário individual. Se optasse por esta última solução, seu patrimônio pessoal passaria, no entanto, a responder pelas obrigações decorrentes do exercício da atividade.

¹²² As fundações são pessoas jurídicas em que patrimônios são dotados de personalidade jurídica e afetados a um determinado fim. Alguns ainda acrescentam a característica da ausência de fins econômicos. E aqui cabem as mesmas observações comuns às associações. Fins econômicos devem ser entendidos não como a possibilidade de auferir lucro, mas como a permissão de partilha dos mesmos. Mas, como nas fundações não há sócios ou associados, a mencionada característica perde seu sentido. Assim, não há partilha de lucros a fazer. Lucros estes que podem e devem ser auferidos, mas serão, no entanto, revertidos para a realização, desenvolvimento e incremento da própria atividade.

¹²³ A sociedade subsidiária integral é prevista na legislação atinente às sociedades por ações - Lei 6.404/76 (art. 251 e ss.). Trata-se de companhia que possui como único acionista uma outra sociedade brasileira, que pode adotar qualquer tipo societário, desde que tal sociedade seja organizada segundo as normas brasileiras e tenha sede administrativa no território nacional. Nestas sociedades, entende-se que o requisito da pluralidade de sócios é preenchido, de forma indireta, pelo fato do único sócio ser uma sociedade cuja composição é plural.

A Lei que introduziu a EIRELI no ordenamento decorre do Projeto de Lei n.º 4.605/2009, de autoria do Deputado Federal Marcos Montes. O projeto surgiu da necessidade de se criar um instituto que possibilitasse a exploração da atividade econômica individualmente, sem que se colocasse o patrimônio pessoal em risco, como ocorria com o empresário individual.

O empresário individual, único instituto que até então possibilitava a exploração organizada de atividade econômica individualmente no Brasil, é pessoa física, possuindo inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ – simplesmente para garantir o mesmo tratamento tributário conferido às pessoas jurídicas. Assim, não possui personalidade jurídica própria, bem como autonomia ou separação patrimonial¹²⁴. Adota-se em relação aos empresários individuais o princípio da unidade patrimonial.

Assim, sempre foi comum a constituição de sociedades limitadas simplesmente com o objetivo de limitação da responsabilidade daquele indivíduo que pretendia exercer uma atividade econômica de forma organizada. Em verdade, o que existia, e ainda existe, eram empresários individuais, mas sob a roupagem de sociedades limitadas. Constituíam-se sociedades limitadas em que a maioria esmagadora, ou seja, a quase totalidade das quotas pertencia a um só sócio. O outro sócio integrava o quadro societário simplesmente como mecanismo de limitação de responsabilidade, pois só havia previsão no ordenamento de exploração de atividade econômica de forma individual com o patrimônio do empresário respondendo de forma ilimitada pelas obrigações decorrentes da empresa. Trata-se de verdadeiros “sócios fictícios”, vez que não contribuem de fato com esforços ou com capital, bem como não se interessam por qualquer um dos negócios realizados pela sociedade.

A doutrina brasileira há muito já alertava sobre a necessidade de garantir a limitação de responsabilidade àquele que almejasse explorar individualmente atividade econômica. Antônio Martins Filho defendia, já na década de 50 do século passado, no Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, que a

¹²⁴ Wilges Ariana Bruscato propõe, no entanto, a instituição de empresários individuais de responsabilidade limitada. A tais empresários não seria conferida personalização própria, pois já seriam pessoa, mas haveria a segregação de bens de seu patrimônio pessoal para o exercício da atividade econômica:

Reconhecida a permissão de segregação de bens do patrimônio para atribuir-lhe um destino certo e prévio, como acontece em várias situações excetuadas pela própria lei, feitas por meio de declaração de vontade do instituidor, o maior passo foi dado. Pouco importa se o entendimento é de que se formam dois patrimônios, realmente, ou que o patrimônio do empresário é um só, contingente de duas esferas ou dois núcleos patrimoniais distintos. O efeito será o mesmo.

Os bens destacados do patrimônio pessoal para o exercício profissional do E.I.R.L, passariam a formar uma universalidade de direito, já que constituiriam um complexo de relações, apreciáveis economicamente, contempladas em lei. (BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 272).

limitação da responsabilidade do empresário individual constituía “a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos”. A recusa do direito em admitir a limitação da responsabilidade do comerciante individual, não evitaria, no entanto, a sua existência fática através da constituição de sociedades fictícias.¹²⁵

A limitação da responsabilidade de comerciante individual decorreria da constituição de personalidade jurídica própria. Tal personalidade, por sua vez, decorreria da autonomia de um patrimônio afetado à exploração da atividade econômica ou de uma declaração de vontade manifestada no ato de constituição. O princípio da indivisibilidade do patrimônio não poderia, logo, ser obstáculo para “*novos rumos do ordenamento jurídico, determinados pela evolução da sociedade*”¹²⁶. Ademais, como os proventos decorrentes da exploração da atividade econômica e os decorrentes de sua eventual liquidação integrariam o patrimônio afetado, não haveria nenhuma contrariedade à idéia da unidade do patrimônio:

É que a empresa individual de responsabilidade limitada, adquirindo personalidade e dispondo de patrimônio, adquire, conseqüentemente, esfera de atividade jurídica própria, inconfundível com a do respectivo empresário, o qual possa a exercer, sobre a organização, funções de titularidade, de que resultam direito incorporados ao seu patrimônio de ordem civil.¹²⁷

Ainda na década de 50, Sylvio Marcondes Machado, apesar de reconhecer a existência da tese da atribuição de personalidade jurídica, defendeu a concepção objetiva¹²⁸ para a limitação de responsabilidade do comerciante individual. Por esta, o comerciante apartaria de seu patrimônio a quantidade de bens que julgasse necessária ao exercício da empresa. Refutava a doutrina da unicidade do patrimônio, alertando ainda que o próprio legislador reconhecia a divisibilidade do patrimônio ao admitir que determinadas universalidades jurídicas pudessem estar subordinadas ao poder de um mesmo sujeito de direito. Para Sylvio

¹²⁵ MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. 2 ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1999, p. 284.

¹²⁶ MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. 2 ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1999, p. 311.

¹²⁷ MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. 2 ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1999, p. 311.

¹²⁸ Assim se posicionou Sylvio Marcondes:

Com essas conclusões de ordem geral, pertinentes à natureza do instituto, atinge-se, nesta altura, o objetivo primordial do presente trabalho – apurar, dentre as concepções consideradas pela doutrina, qual a que mais se ajusta ao sistema do direito constituído. Verificado, agora, pelas razões expendidas, que a preferência melhor se justifica em favor da concepção objetiva, resta experimentar a eficiência do patrimônio separado na solução de problemas concernentes à regulamentação do instituto. (MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 284-285)

Marcondes, a teoria objetiva seria a que mais se ajustaria ao sistema do ordenamento jurídico vigente à época.¹²⁹

Recentemente, Wilges Ariana Bruscato, em tese de doutorado, também defendeu a limitação dos riscos do empresário individual, através da constituição de um patrimônio de afetação, em que “*por atos de essência empresarial deve responder o acervo para este fim reservado e só por eles*”¹³⁰. Destinar-se-ia parcela do acervo patrimonial do empresário para o exercício da atividade econômica, bens estes que deveriam responder pelas obrigações contraídas pelo empresário no âmbito da atividade empresarial a que se dedicaria. Assim, não seria preciso conferir uma segunda personalidade, pois o empresário já seria uma pessoa. Não se criaria uma nova espécie de pessoa jurídica, como efetivamente ocorreu no ordenamento brasileiro com o advento da Lei 12.441/2011.

Não se trata, também, da criação de um novo gênero de pessoa jurídica de direito privado, como sujeito de direito, que viria se somar às associações, às sociedades e às fundações, para considerar a empresa ou o estabelecimento como sujeito de direito; já existe um sujeito de direito: é o próprio empresário. Esse é o modo mais simples, direto e verdadeiro de se manejar a questão.¹³¹

Afastou ainda os temores dos opositores da tese da limitação de responsabilidade dos empresários individuais de que o instituto poderia ser, na praxe mercantil, utilizado para prática de fraudes, afirmado que todo e qualquer instituto jurídico pode ser utilizado para prática de atos fraudulentos.¹³²

Diversos países, como, por exemplo, Dinamarca, França e Espanha¹³³, já na década de 80 também do século passado, previam o instituto das sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio. Portugal, por sua vez, adotou originariamente, através do Decreto-Lei 248/1986, um instituto diverso, mas com objetivo semelhante: o “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, em que determinado e autônomo patrimônio era afetado para o exercício da empresa. O Conselho da Comunidade Européia, na

¹²⁹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 281-282.

¹³⁰ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 266.

¹³¹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 268.

¹³² BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260.

¹³³ Neste sentido, Itamar Gaino:

Esse tipo de pessoa jurídica é consagrado em países da Comunidade Européia, como Portugal, França, Espanha, Itália, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido e Dinamarca. Aquela Comunidade editou a XII Diretiva Comunitária, tratando, precisamente, da introdução, nos países-membros, do que chamou “sociedade unipessoal com responsabilidade limitada”. Na América do Sul, o Chile o consagra. (GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24)

esteira do que já previa as legislações de seus Estados-membros, publicou, em 1.989, a décima segunda Diretiva de Direito Societário (Diretiva 89/667/CEE), com o objetivo de regulamentar a questão das sociedades unipessoais no âmbito comunitário, ressaltando¹³⁴, no entanto, a possibilidade de um Estado-membro não permitir a constituição de tal tipo societário quando sua legislação possibilitasse que o empresário individual constituísse uma empresa de responsabilidade limitada e patrimônio próprio.

Portugal somente adotou o instituto da “sociedade unipessoal por quotas” em 1.996. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL) não atingiu os objetivos esperados¹³⁵. Ademais, existia a necessidade de harmonizar a legislação dos Estados membros da União Européia, que, em 1.989, tinha editado a mencionada Diretiva 89/667/CE, com a finalidade de regulamentar as sociedades unipessoais. Por isso, o Decreto-Lei 257/1996 foi editado, inserindo o instituto das sociedades unipessoais no ordenamento português¹³⁶, ainda que diante de críticas da doutrina portuguesa em relação à inobservância do princípio da contratualidade. Princípio este que era tido como básico na constituição de uma sociedade.

O Decreto-Lei português, com o qual a lei brasileira – Lei 12.441/2011 – guarda algumas semelhanças, inseriu no Código das Sociedades Comerciais os art. 270.º-A a art. 270.º-G, regulamentando expressamente a sociedade unipessoal por quotas. Ao contrário do instituto consagrado no Brasil, a lei portuguesa instituiu um tipo de sociedade. O objetivo, no entanto, era o mesmo: possibilitar que aquele que almejasse explorar individualmente uma atividade econômica, sem expor a risco seu patrimônio pessoal, não precisasse se valer de uma sociedade fictícia. Assim, como salienta Felipe Cassiano dos Santos, por se tratar de tipo

¹³⁴ Artigo 7º da Décima Segunda Diretiva do Conselho em matéria de Direito das Sociedades (89/667/CEE): *Um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1º* (Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:PT:HTML>>. Acesso em: 16 março 2012).

¹³⁵ Neste sentido, Felipe Cassiano leciona:

[...] este, além de não comportar uma personalização, e permitindo embora uma afectação especial de património à actividade mercantil, realiza apenas uma separação patrimonial imperfeita, pois, em certos termos (insuficiência dos restantes bens do devedor), pelas dívidas alheias à exploração do EIRL ainda responde o património afecto à actividade comercial (o EIRL enquanto bem unitário), bem como, em caso de insolvência por causa relacionada com a actividade exercida no EIRL, pelas dívidas contraídas na exploração do EIRL responde o património restante (não integrado no EIRL) do comerciante, desde que se prove que o titular não observou o princípio da separação patrimonial entre EIRL e património civil [...] (SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 43)

¹³⁶ SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 10-11.

societário por quotas, “*aplica-se o regime da inexistência de responsabilidade de sócio pelas dívidas sociais*”¹³⁷.

Trata-se de uma sociedade constituída, no entanto, por único sócio. O art. 270.º-A¹³⁸ do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, diferentemente de nossa legislação, indica expressamente que as sociedades unipessoais podem ter como sócio uma pessoa singular ou uma outra pessoa jurídica.

Nos moldes como concebida no Brasil, a EIRELI, como já mencionado, é uma pessoa jurídica – e não uma sociedade – constituída por uma única pessoa. A lei se limitou a estabelecer a unipessoalidade, sem definir se a pessoa integrante da empresa individual seria uma pessoa física e/ou uma pessoa jurídica, ou seja, não excluiu nem uma nem a outra, bem como não restringiu sua titularidade a uma delas somente. Entretanto, a redação original do Projeto de Lei que deu origem à EIRELI estabelecia expressamente que seria ela “*constituída por um único sócio, pessoa natural*”¹³⁹. Mas, em decorrência de inexistência de previsão expressa no texto legal aprovado, poder-se-ia concluir, em que pesem as posições em sentido contrário¹⁴⁰, pela possibilidade de aquele que explora atividade econômica através de uma empresa individual ser tanto uma pessoa física como uma pessoa jurídica, e, assim, até mesmo outra EIRELI.

Ocorre que o Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC –, no exercício de sua competência normatizadora, editou, através da Instrução Normativa n.º 117/2011, o Manual de Atos de Registro da empresa individual. Neste, estabeleceu-se impedimento para pessoa jurídica figurar como titular da EIRELI, bem como as pessoas físicas impedidas por lei.

O DNRC, no entanto, acabou por extrapolar sua competência. É órgão normativo e fiscalizador, integrante do Registro Público de Empresas Mercantis. Como salienta Fábio Ulhoa, estão entre as suas atribuições:

¹³⁷ SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 39.

¹³⁸ Art. 270.º-A. 1 – *A sociedade unipessoal por quotas é constituída por um sócio único, pessoa singular ou colectiva, que é o titular da totalidade do capital social.*

¹³⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>>. Acesso em: 16 março 2012.

¹⁴⁰ Gladston Mamede manifesta posição em sentido contrário:

[...] *Apesar das dúvidas que surgiram em face da interpretação literal do dispositivo, a interpretação sistemática, bem como a mens legislatoris (a intenção do legislador) atestam que a figura foi criada para albergar a titularidade do capital por pessoa natural exclusivamente.* (MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.1, p. 99)

Suas atribuições não são de execução do registro de empresa (nenhuma sociedade terá os seus atos constitutivos depositados neste órgão, por exemplo), mas de normatização, disciplina, supervisão e controle deste registro. Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.934/94, é de sua competência a supervisão e coordenação dos atos praticados pelas Juntas Comerciais, o estabelecimento e a consolidação de normas ou diretrizes gerais sobre o registro de empresas, a solução de dúvidas sobre a matéria – mediante a edição de instruções, ou de resposta às consultas das Juntas –, bem como a fiscalização destas e a atuação supletiva, nos casos de deficiência de serviço. [...] ¹⁴¹

O legislador, ao determinar, no art. 4º da Lei 8.934/1994, que é atribuição do DNRC “estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”, não está conferindo ao DNRC competência para fixar requisitos adicionais, não previstos na Lei 12.441/2011. Estabelece competência ¹⁴² simplesmente para edição de normas procedimentais, ou seja, normas referentes a questões práticas de processamento dos registros.

A única restrição imposta pela Lei 12.441/2011 refere-se, no entanto, às pessoas naturais. Nos termos do §2º do art. 980-A do Código Civil em vigor, a pessoa natural somente pode figurar em uma única empresa individual de responsabilidade limitada, ou seja, só poderia constituir uma EIRELI, o que poderia dar ensejo à necessidade de constituição das já mencionadas sociedades fictícias. Aquele que desejar explorar individualmente outra atividade econômica, com limitação de responsabilidade, teria, logo, duas alternativas: aumentar o objeto da atividade explorada pela EIRELI, expondo a risco o patrimônio desta pelo exercício de uma nova atividade econômica, ou constituir uma sociedade limitada fictícia.

Por outro lado, admitindo-se a possibilidade de pessoas jurídicas constituírem empresas individuais, elas poderiam constituir várias EIRELI'S. Não se sujeitariam à limitação legal.

Sendo a empresa individual de responsabilidade individual uma pessoa jurídica, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, não restam dúvidas da possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade, tanto que o §4º ¹⁴³ do art. 980-A

¹⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 68.

¹⁴² Fábio Ulhoa ressalta que caso as Juntas Comerciais deixem de acatar as diretrizes e recomendações do DNRC, este, apesar de seu poder fiscalizador, não poderia nem mesmo intervir naquelas:

Embora tenha sido investido nas funções de órgão central disciplinador, fiscalizador e supervisor do registro de empresas, o DNRC não dispõe de instrumentos de intervenção nas Juntas Comerciais, caso não adotem suas diretrizes ou deixem de acatar recomendações de correção. A lei estabelece, apenas, que o DNRC pode representar às autoridades competentes (o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Ministério Público estadual e outros). (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 68-69).

¹⁴³ § 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a

do Código Civil, que poderia induzir a uma interpretação contrária à desconsideração, foi vetado¹⁴⁴. O mencionado parágrafo estabelecia que o patrimônio da EIRELI não se confundiria “em qualquer situação” com o patrimônio da pessoa natural que a constituísse. O alerta era que a expressão “em qualquer situação” poderia importar em interpretação que inviabilizasse a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica às empresas individuais.

Uma das implicações da constituição de uma pessoa jurídica é justamente a separação do patrimônio desta e de seu(s) membro(s), o que, não impede, no entanto, que em situações excepcionais esta separação seja afastada para que o patrimônio pessoal do(s) integrante(s) possa responder pelas obrigações da pessoa jurídica. Assim, configurada a fraude ou o abuso de direito em relação à autonomia patrimonial da EIRELI, sua personalidade jurídica pode ser desconfigurada, respondendo, excepcionalmente, o patrimônio de seu membro por obrigações decorrentes da exploração da atividade econômica.

Questão relevante diz respeito à atividade a ser explorada através de uma empresa individual de responsabilidade limitada. A própria denominação do instituto não deixa dúvida quanto à exploração de atividade empresária. Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Logo, empresário é aquele que toma a iniciativa de organizar tal atividade, ou seja, é aquele que profissionalmente exerce uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Em contrapartida, o parágrafo único do art. 966 do Código Civil estabelece que não são considerados empresários aqueles que exercem “*profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística*”, ressaltando as hipóteses em que o exercício da profissão configurar elemento da empresa. Fixa, assim, as atividades não empresárias.

O §5º do art. 980-A, também do diploma civil, prevê que a empresa individual de responsabilidade limitada pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza, possibilitando ainda que a remuneração decorrente dos direitos patrimoniais de autor e dos direitos de personalidade seja atribuída à EIRELI. Assim, dentre a prestação de serviços de qualquer natureza, estaria inserida a atividade intelectual, o que possibilitaria que

constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm>. Acesso em: 25 março 2012).

¹⁴⁴ Razões do veto:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-259.htm>. Acesso em: 25 março 2012).

a EIRELI também explorasse atividade não empresária. A redação originária¹⁴⁵ do parágrafo em questão é esclarecedora. Ao invés de se referir à prestação de serviço de qualquer natureza, fazia menção nominal à “*prestação de serviços intelectuais de natureza científica, literária, jornalística ou cultural*”. Felipe Cassiano dos Santos é enfático ao tratar, no âmbito do sistema jurídico português, a possibilidade de uma sociedade unipessoal por quotas, instituto da legislação estrangeira que mais se aproxima às empresas individuais de responsabilidade limitada, explorar atividade econômica não comercial:

[...] Pode, assim, ser adoptada pelo sócio único para exercer actividades comerciais, o que significa (grossomodo) que pode ter por objecto actividades que vão desde a agricultura e actividades conexas, desde que empresarializadas, às prestações de serviços, passando pela indústria e pela comercialização de bens. Mas pode também visar-se o exercício de actividades económicas não comerciais – a agricultura tradicional, o artesanato e as profissões liberais. [...] ¹⁴⁶

Pode-se constituir, logo, EIRELI'S Simples ou EIRELI'S Empresárias. As empresas individuais simples, no entanto, deverão ter seu ato constitutivo registrado no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas¹⁴⁷, bem como as sociedades simples, vez que o critério definidor da competência do órgão registrário é justamente a natureza da atividade explorada. Aqueles que exploram atividade empresária – empresários individuais e sociedades empresárias – devem se registrar nas Juntas Comerciais, enquanto os que exploram atividade não empresária – sociedades simples – registram-se nos Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas.

Se em relação às empresas individuais empresárias há discussão, em decorrência da Instrução Normativa 117/2011 do Departamento Nacional de Registro de Comércio, sobre a possibilidade de seu integrante ser uma pessoa jurídica, no tocante às empresas individuais simples dúvidas não podem surgir. Os Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas não se submetem às normas do DNRC, órgão integrante do Registro Público de Empresas Mercantis assim como as Juntas Comerciais. Os mencionados cartórios, por sua vez, integram os

¹⁴⁵ §5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada, constituída para a prestação de serviços intelectuais de natureza científica, literária, jornalística ou cultural, a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>>. Acesso em: 16 março 2012).

¹⁴⁶ SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-g do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 44.

¹⁴⁷ Marlon Tomazette defende que as empresas individuais de responsabilidade limitada somente podem explorar atividade empresarial, razão pela qual seu ato constitutivo deve ser registrado na junta comercial: [...] Com essa declaração de vontade será possível o surgimento dessa nova pessoa jurídica, o qual só se concretizará com o registro do ato constitutivo na junta comercial, uma vez que estamos diante do exercício de atividade empresarial. (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 57)

Registros Públicos regulamentados pela Lei 6.015/1973. Logo, como não há nenhuma limitação legal, prevista no Código Civil, para constituição de empresas individuais por sociedade, não haveria nenhum fundamento que pudesse impedir o registro pelo cartório em questão do ato constitutivo¹⁴⁸ de uma EIRELI simples cujo titular não fosse uma pessoa natural.

Para constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada, a Lei prevê alguns requisitos. A EIRELI deve ter um capital de, no mínimo, cem vezes o maior salário mínimo vigente no País. Exigência esta do capital social mínimo que não se vê no ordenamento brasileiro para as sociedades limitadas. Tal capital deve ser completamente integralizado quando da constituição da empresa individual, não existindo a possibilidade de se deixar parcelas deste capital mínimo a integralizar após a instituição da EIRELI. Trata-se de exigência prevista no art. 980-A do Código Civil, que estabelece que a empresa individual será “*constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado*”.

A Instrução Normativa 117 do DNRC estabelece, ainda, que a declaração de integralização de todo o capital social é cláusula obrigatória a ser inserida no ato constitutivo da empresa individual. Basta, no entanto, a mera declaração, pois as Juntas Comerciais não exercem controle sobre a efetiva e completa integralização de capital social. Assim, ao contrário do tratamento conferido às sociedades limitadas em que se permite que seu capital possa ser integralizado posteriormente à sua constituição, nas empresas individuais de responsabilidade limitada, exige-se que a integralização ocorra de forma completa e imediata à sua constituição.

Ressalte-se, no entanto, que a exigência de integralização do capital social no momento de constituição da empresa individual limitar-se-ia ao capital mínimo de cem vezes o maior salário mínimo vigente. Não haveria, assim, impedimento a que o valor que ultrapassasse o mínimo exigido por lei fosse integralizado no futuro, ou seja, em momento posterior ao da instituição da pessoa jurídica.

Para Carlos Henrique Abrão, a limitação de responsabilidade do membro da EIRELI, sob a ótica de um sistema de pesos e contrapesos, derivaria justamente da fixação de um

¹⁴⁸ Sobre o ato constitutivo, Felipe Cassiano dos Santos, ao distinguir a sociedade pluripessoal por quotas da sociedade unipessoal por quotas, destaca que:

[...] a sociedade clássica, pluripessoal, tendo a participação de vários sujeitos (que se apresentam no acto constitutivo como contraentes e se vão tornar sócios por força da constituição da nova estrutura), tem origem contratual; a outra, a nova sociedade unipessoal, tendo apenas a participação de um sujeito, tem uma origem assente numa declaração ou acto unilateral. (SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-g do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 40-41)

capital social mínimo a ser completamente integralizado quando da constituição. O capital social constituiria garantia dos credores. Assim, uma vez efetivamente integralizado, o risco de prejuízo a estes credores e de fraudes restaria minimizado. Mas, a integralização do capital social mínimo somente conferiria ao membro da empresa individual uma presunção relativa de limitação de sua responsabilidade. A ele competiria o ônus da prova da concreta e efetiva integralização. Por outro lado, a falta de integralização imporiria uma absoluta presunção de ilimitação de sua responsabilidade pelas obrigações contraídas no exercício da atividade econômica explorada pela EIRELI. Assim, a limitação de responsabilidade não seria “*um ponto fechado ou isento de análise, quando o crédito for exigido e a obrigação restar impaga*”.¹⁴⁹

Tramita, entretanto, no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 4637) contra a parte final do art. 980-A do Código Civil, que exige o mencionado capital social mínimo das EIRELI'S. A ADI foi proposta pelo Partido Popular Socialista, em agosto de 2011, ou seja, antes mesmo da entrada em vigor da Lei que institui a EIRELI. O partido político alega que o salário mínimo não poderia ser utilizado como fator de indexação para fixação do capital social, caso contrário haveria violação à vedação de sua vinculação “*para qualquer fim*”, prevista no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.¹⁵⁰

Outra inconstitucionalidade apontada pelo Partido Popular Socialista refere-se à violação do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição Federal. Na medida em que se estabelece um valor mínimo de capital social para constituição de uma empresa individual, estar-se-ia cerceando pequenos empreendedores de adotarem tal instituto como meio de exploração de atividade econômica.¹⁵¹

Em relação à integralização de capital social das empresas individuais, Itamar Gaino destaca que este “*pode ser representado por dinheiro ou qualquer valor patrimonial*”. Afirma ainda que o capital não poderá, no entanto, ser realizado com contribuição significativa de prestação de serviços¹⁵². Em que pese o posicionamento do autor, conclusões diversas acerca da integralização em prestação de serviços poderiam ser extraídas de uma análise mais detalhada do tratamento legal conferido às EIRELI'S, excetuando-se justamente a conclusão

¹⁴⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa individual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2-8.

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4123688>>. Acesso em: 25 março 2012.

¹⁵¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4123688>>. Acesso em: 25 março 2012.

¹⁵² GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

que adotasse um posicionamento “intermediário” entre a possibilidade e a impossibilidade de aquele que explora a atividade econômica através de uma empresa individual valer-se da prestação de serviços para integralizar o capital social.

Poder-se-ia partir para um posicionamento fundamentado na falta de norma expressa, no Título I-A do Código Civil, que vedasse a integralização em prestação de serviços, como faz o §2º do art. 1.055, também do mencionado diploma civil e inserido no capítulo que trata das sociedades limitadas. No entanto, o entendimento que deveria prevalecer é o pautado no §6º do art. 980-A, que estabelece que se aplique às EIRELI'S, no que couber, a normas atinentes às sociedade limitadas. Assim, na ausência de regra expressa, aplicar-se-ia às empresas individuais a vedação de contribuição em prestação de serviços prevista para as sociedades limitadas.

Requisito também a ser preenchido para constituição de uma empresa individual está previsto no §2º do art. 980-A. Trata-se, na verdade, de um requisito negativo que se aplica somente às hipóteses em que o integrante da EIRELI for pessoa natural. Neste caso, o integrante, como já mencionado, somente poderá figurar em uma única empresa individual.

O Código Civil, alterado pela Lei 12.441/2011, não estabelece quais são os parâmetros da limitação de responsabilidade patrimonial daquele que organizou a empresa individual de responsabilidade limitada. Limita-se o diploma, no § 6º do art. 980-A, a estabelecer que à EIRELI, aplicam-se, “*no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas*”¹⁵³. A redação original do Projeto de Lei, que deu origem à Lei 12.441/2011, não trazia tal omissão. Assim dispunha:

§3º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio pessoal de empresário, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue à Secretária da Receita Federal do Ministério da Fazenda.¹⁵⁴

Na omissão do Título I-A, que regulamenta as empresas individuais de responsabilidade limitada, pode-se, logo, afirmar que a responsabilidade daquele que explora atividade econômica através da modalidade em questão seria restrita ao valor do capital que

¹⁵³ Wilges Ariana Bruscato manifesta-se contrariamente à aplicação supletiva à empresa individual de responsabilidade limitada das normas referentes às sociedades limitadas:

Como não se trata de sociedade unipessoal, é flagrante o inconveniente da utilização supletiva das regras da sociedade limitada à EIRELI, embora de aplicação restrita. Revela o simplismo com que foi tratado o assunto. (BRUSCATO, Wilges Ariana. Era uma vez a empresa individual de responsabilidade limitada. **Revista Index Jur**, n. 0, setembro, 2011, p. 26. Disponível em <<http://www.indexjur.com.br/zero/numerozero.pdf>>. Acesso em: 12 setembro 2012).

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>>. Acesso em: 16 março 2012.

integralizou, nos termos do art. 1.052 do CC/2002 – dispositivo atinente às sociedades limitadas. Respondendo ele, no entanto, pela completa integralização do capital, que, mediante a exigência da Instrução Normativa nº 117 de que a cláusula de completa integralização do capital é obrigatória no ato constitutivo a ser levado à registro na Junta Comercial, deve ocorrer imediatamente à sua constituição.

Ressalte-se que a limitação de responsabilidade ora tratada é a do membro da empresa individual, e não da pessoa jurídica. A limitação de responsabilidade refere-se à salvaguarda dos bens particulares do membro da empresa individual. Assim, ainda que a EIRELI possua capital social superior ao teto de cem salários mínimos fixado em lei, responderá pelas dívidas que contrair no exercício da atividade que explora com todo o seu patrimônio. A responsabilidade da empresa individual é ilimitada, não se limitando, logo, ao valor do capital social mínimo integralizado.

Apesar de não se tratar de sociedades unipessoais, todas as exceções, neste trabalho apontadas, à limitação da responsabilidade de sócio de sociedade limitada poderiam também ser imputadas aos integrantes de empresas individuais, respondendo estes pessoalmente por obrigações decorrentes do exercício da atividade econômica. Itamar Gaino¹⁵⁵ ressalta que, nestas hipóteses excepcionais, a responsabilidade do membro da empresa individual é, no entanto, subsidiária. Assim, o patrimônio do titular da EIRELI somente poderia ser atingido por obrigações contraídas pela pessoa jurídica na hipótese de insuficiência de patrimônio desta para satisfazer os credores, devendo para tanto o titular alegar o benefício de ordem e nomear bens da pessoa jurídica.

A limitação de responsabilidade na exploração de atividade econômica, que decorre do princípio¹⁵⁶ da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros, é fator de estímulo ao empreendedorismo. Trata-se de uma proteção a esses membros considerados singularmente. Assim como se dá com os tipos societários caracterizados pela limitação de responsabilidade de seus sócios em relação às obrigações contraídas pela pessoa jurídica, em uma empresa individual de responsabilidade limitada, haverá a demarcação de um conjunto de bens – o patrimônio da própria EIRELI – que arcará com as obrigações por ela assumidas, não podendo os credores dela, como regra, agir contra o patrimônio de seu membro considerado singularmente. Assim, a proteção que a lei sempre conferiu a duas ou mais

¹⁵⁵ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

¹⁵⁶ Neste sentido leciona Wilges Ariana Bruscato:

[...] a limitação da responsabilidade decorre da separação patrimonial, pois os bens que respondem por determinadas dívidas são retirados de um patrimônio para formação de outro [...]. (BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário Individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 186).

pessoas, sócias de sociedades em que a responsabilidade de seus membros é limitada, passou a ser conferida também àqueles que almejam desenvolver a atividade econômica individualmente. O patrimônio pessoal do membro da empresa individual somente poderia ser atingido em decorrência de dívidas da pessoa jurídica em situações excepcionais expressamente previstas em lei.

Diante, no entanto, de tantas exceções, a EIRELI que surgiu como um instituto que fosse capaz de propiciar a exploração de atividade econômica individualmente, mas com a limitação de responsabilidade de seu membro, já “nasceu” afastada de seu elemento caracterizador. Poder-se-ia afirmar, assim, que, no cenário atual em que proliferam as previsões e as interpretações legais destorcidas a respeito da responsabilização pessoal de membros de pessoas jurídicas caracterizadas justamente pela limitação de responsabilidade dos mesmos, não há como sustentar os institutos da sociedade limitada e da empresa individual de responsabilidade limitada em seus contornos teóricos.

6 HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS FIXADAS NO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL

Como já apontado, o art. 1.052 do Código Civil estabelece a limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada em relação às obrigações societárias. Logo, no sistema jurídico brasileiro, o sócio não seria responsável pelas obrigações assumidas pela sociedade. O sistema português, no entanto, flexibiliza esta característica, sem, no entanto, descaracterizar o tipo societário em questão. Permite o Código de Sociedades Comerciais de Portugal, em seu art. 198, que o contrato social fixe cláusula que estabeleça a responsabilidade solidária ou subsidiária dos sócios perante credores sociais até determinada importância. Eis o dispositivo em questão:

Art. 198.º - (Responsabilidade directa dos sócios para com os credores sociais)
1 – É lícito estipular no contrato que um ou mais sócios, além de responderem para com a sociedade nos termos definidos no n.º 1 do artigo anterior, respondem também perante os credores sociais até determinado montante; essa responsabilidade tanto pode ser solidária com a da sociedade, como subsidiária em relação a esta e a efectivar apenas na fase da liquidação.¹⁵⁷

O dispositivo em questão consagrou o se denomina “*responsabilidade directa dos sócios*” perante os credores da sociedade. Observa-se, de qualquer forma, que, ainda que o contrato estabeleça tal tipo de responsabilidade suplementar dos sócios, há limitação. O contrato fixará qual o montante pelo qual os membros da sociedade estarão obrigados, pois a possibilidade de uma responsabilização ilimitada dos sócios seria contrária a própria natureza das sociedades por quotas. Apesar de o montante ser fixado contratualmente, Hélder Quintas ressalta que a responsabilidade dos sócios, abarca todas as obrigações contraídas pela sociedade, independentemente de sua natureza.¹⁵⁸

O Código Civil brasileiro prevê a limitação de responsabilidade dos sócios integrantes de sociedade limitada, mas fixa também diversas situações em que o patrimônio pessoal dos sócios pode responder pelas dívidas da sociedade, ou seja, prevê várias exceções à limitação de responsabilidade dos sócios. Não se trata, no entanto, de hipótese prevista no contrato social, como permite a legislação portuguesa. Trata-se de situações excepcionais previstas em lei.

¹⁵⁷ QUINTAS. Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 34.

¹⁵⁸ QUINTAS. Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 35-37.

6.1 Garantia de integralização de todo capital social (art. 1.052 do CC/02)

O capital social das sociedades limitadas pode ser integralizado em dinheiro, ou em bens suscetíveis de avaliação econômica, sendo, no entanto, vedada, nos termos do §2º do art. 1.055 do Código Civil em vigor, a contribuição consistente em prestação de serviços. A integralização pode ser feita no momento da constituição da sociedade ou da emissão de novas quotas com o objetivo de aumento do capital social ou pode se realizar posteriormente, seja em parcelas, seja de uma só vez em momento futuro.

No tocante ao momento em que se realizará o capital social, podem-se vislumbrar três distintos sistemas jurídicos: o alemão, o francês e o misto. Pelo primeiro, o capital pode ser integralizado posteriormente, de acordo com a livre convenção dos sócios. Pelo segundo, a integralização é realizada necessariamente no momento de constituição da sociedade. E, por fim, nos termos do terceiro sistema, a integralização que ocorrer em dinheiro poderá ser parcelada, enquanto aquela que se der em bens deverá ocorrer obrigatoriamente no ato de constituição da sociedade¹⁵⁹. O Brasil, como ressalta José Waldecy Lucena, adotou o sistema alemão:

Aderiu o Brasil, disse-se, ao sistema alemão, com o que a integralização do capital, seja em dinheiro, seja em bens, pode se dar parcialmente, segundo a livre deliberação dos sócios. E um mesmo sócio pode integralizar sua quota, parte em dinheiro e parte em bens, ou somente em bens. O novo Código Civil omitiu-se a respeito, mas, ao que parece, fê-lo de propósito, para outorgar plena liberdade aos sócios. [...]¹⁶⁰

Exemplificativamente, cite-se o ordenamento jurídico uruguaio, que adotou o sistema misto. O sócio pode optar por integralizar em dinheiro as quotas que subscreveu, sendo necessário, no entanto, que deposite, no momento da assinatura do contrato social, em conta bancária em nome da sociedade em constituição, no mínimo, 50% do valor devido. Pode ainda sócio subscritor integralizar o capital social com bens determinados. Nesta hipótese, deverá, nos termos do art. 228¹⁶¹, inc. 1 da Ley 16.060, transferir completamente o bem para a sociedade no momento de sua constituição:

¹⁵⁹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 289-290.

¹⁶⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 290.

¹⁶¹ Art. 228 (*Integración de aportes*). *Cada sócio deberá integrar como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) de su aporte en dinero en el acto de suscribir el contrato social, obligándose a completarlo en un plazo no mayor de dos años.*

Los aportes pactados en especie se deberán integrar totalmente al celebrarse el contrato de sociedad.

Art. 228 (Integralização de aportes). Cada sócio deverá integralizar no mínimo 50 % (cinquenta por cento) de seu aporte em dinheiro no ato da assinatura do contrato social, obrigando-se a completá-lo em um prazo não superior a dois anos.

Si el aporte es en dinero, a la firma del contrato el sócio debe integrar por lo menos el 50% del mismo (Art. 228 inc. 1 LSC). El Registro exigirá la acreditación de este extremo, sin la que no efectuará la inscripción del contrato. Por lo general esto se hace depositando el importe en una cuenta abierta en um banco a nombre de la sociedad en formación.

Si el aporte es en especie, la entrega o integración de la totalidad del mismo debe hacerse a la firma del contrato (previa evaluación de dicho aporte) (Art. 228 inc. 2 LSC).

De modo que únicamente puede diferirse la integración del *aporte en dinero*, y solo por ele 50% del monto total a aportar. La Ley da un plazo máximo de 2 años para completar la entrega del resto del aporte en dinero. O sea que se puede pactar en el contrato un plazo más corto para integrarlo (Art. 228 inc. 1 LSC).^{162 163}

No Brasil, caso a integralização não se complete no momento da constituição da sociedade ou na hipótese de aumento do capital social, todos os sócios, nos termos do art. 1.052 do Código Civil, responderão solidariamente pela integralização.

Assim, o próprio art. 1.052 do Código Civil, que estabelece a limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada quando da completa integralização do capital social, também prevê uma exceção à limitação. Nos termos do mencionado dispositivo, uma vez integralizado¹⁶⁴ todo o capital social, o patrimônio pessoal dos sócios não seria atingido para pagamento de obrigações societárias. Mas, na hipótese de integralização parcial, todos os sócios, ou seja, até mesmo aqueles que já integralizaram por completo suas próprias quotas, respondem pela integralização do valor remanescente. Os sócios possuem o dever de integralizar o capital social subscrito.

A mencionada norma do diploma civil em vigor ampliou a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, pois o Decreto nº 3.708/1919, que até então regulamentava as

Os aportes pactuados em bens deverão ser integralizados totalmente quando da celebração do contrato de sociedade. (Tradução nossa) (URUGUAI. Ley 16.060 (1989). Sociedades comerciales. In: SEIJAS, Alicia. **Compendio práctico KPMG**. 2 ed. Montevideo: KPMG, 2005, p. 54)

¹⁶² Se o aporte é em dinheiro, quando da assinatura do contrato, o sócio deve integralizar pelo menos 50% (Art. 228 inc. 1 LSC). O Registro exigirá a comprovação desta integralização para que se efetue a inscrição do contrato. Em geral, tal integralização ocorre pelo depósito da importância em uma conta aberta em um banco e em nome da sociedade em formação.

Se o aporte é em bens, a entrega ou integralização da totalidade dos mesmos deve ocorrer quando da assinatura do contrato (prévia avaliação do mencionado aporte) (Art. 228 inc. 2 LSC).

De modo que só se pode diferir a integralização do aporte em dinheiro, e somente de 50% do total a aportar. A lei estabelece um prazo máximo de 2 anos para a completa entrega do restante do aporte em dinheiro. Mas é possível se pactuar no contrato um prazo menor. (Art. 228 inc. 1 LSC). (Tradução nossa)

¹⁶³ MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciales**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p.154.

¹⁶⁴ Capital social subscrito é o valor prometido por aquele que almeja ingressar nos quadros sociais, seja quando da constituição da sociedade, seja quando da emissão de novas quotas para fins de aumento do capital social. É a subscrição que confere ao subscritor a qualidade de sócio. Um dos deveres dos sócios é a integralização do capital social, que consiste, por sua vez, no ato pelo qual o quotista transfere efetivamente para a sociedade o valor prometido, ou seja, o valor subscrito. Nas sociedades limitadas, a integralização do capital social pode se dar com a transferência de bens, dinheiro ou crédito, sendo vedada, nos termos do §2º do art. 1055 do Código Civil, a contribuição que consista em prestação de serviço.

sociedades em questão, em seu art. 9º¹⁶⁵, previa a responsabilidade solidária dos sócios pela completa integralização do capital social somente na hipótese de falência. Em contrapartida, o art. 1.052 do CC/02 estabelece a responsabilidade solidária em qualquer situação em que o patrimônio da sociedade não for suficiente para satisfação dos credores sociais, e não somente na de falência.

Trata-se de hipótese de responsabilidade solidária entre os sócios, mas perante terceiros, ou seja, credores sociais. A responsabilidade perante a sociedade não é solidária¹⁶⁶, pois a solidariedade prevista no dispositivo em questão é uma garantia dos credores. Perante a sociedade, o sócio tem a obrigação de integralizar somente as quotas que subscreveu. Assim, só poderá a sociedade cobrar o capital social ainda não integralizado do próprio quotista remisso¹⁶⁷. Não seria lógico e nem razoável que a sociedade atribuísse aos sócios o ônus financeiro de realizar as quotas de outro membro remisso, permanecendo este com as quotas sob sua titularidade, se o art. 1.058 do Código Civil confere a esses mesmos sócios a

¹⁶⁵ Art. 9º *Em caso de falência, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas.*

¹⁶⁶ Em sentido diverso posiciona-se Jorge Lobo ao afirmar que o art. 1.052 do Código Civil criou, “para todos os sócios, a obrigação solidária e subsidiária de integralizar o capital social, munindo a sociedade e credores do direito de ação para de um, alguns ou todos os sócios cobrar a dívida do sócio inadimplente”. Fundamenta seu posicionamento nas seguintes proposições:

(a) *em interpretação histórica do dispositivo legal que institui a responsabilidade solidária dos sócios – art. 9º, do Dec. nº 3.708/19 –, que limitava a ação de integralização à hipótese de falência da sociedade e, portanto, conferia apenas ao síndico da massa falida o direito de ação, e do atual art. 1.052, do Código Civil, que não a restringe;*

(b) *em interpretação comparativa do art. 1.052 com as legislações estrangeiras relacionadas no Apêndice, em que se constata que só o seu equivalente no Direito argentino confere apenas ao credor o direito de ação (cf. Art. 150, da Lei 19.550), sobrelevando notar que o Direito português prevê, taxativamente, que “os sócios são solidariamente responsáveis” perante a sociedade (art. 197, caput e nº 1 do Código das Sociedades Comerciais) e terceiros, quando a estes se houver previsão no contrato social;*

(c) *em interpretação pragmática do art. 1.052, que se orienta pela “razoabilidade prática do resultado” e busca “a integração de uma multiplicidade de valores”, entre as quais sobressai, nitidamente, o da completude do capital social nos prazos e condições pactuados no contrato de subscrição, para que a sociedade atinja seu desideratum e pague, em dia, suas dívidas, o que dispensará os credores de acioná-la, para receberem o que lhes é devido, e aos sócios, para integralizarem solidariamente o capital social;*

(d) *o magistério de CARVALHO DE MENDONÇA, pois o capital social só será “o fundamentum societatis” (cf. item 5.1) se integralizado;*

(e) *na função de produção do capital social (cf. item 5.3), para assegurar efetiva exploração do objeto social, as mais das vezes só possível com a esmerada, completa e definitiva integralização do capital social;*

(f) *no princípio do desembolso mínimo (cf. item 5.4.3), que, sem sacrificar os sócios, os autoriza a fixarem o capital social um valor compatível com as finalidades da sociedade;*

(g) *na regra de hermenêutica, que proíbe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue;*

(h) *no fato incontestado de que a sociedade, mais e antes de qualquer credor, deve prosseguir a integralização do capital social, não apenas para colimar seus fins, mas para honrar suas obrigações e dívidas. (LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 193-194)*

¹⁶⁷ Nos termos do art. 1.058 do Código Civil, configurada a mora na integralização do capital social, os sócios podem também, por decisão da maioria, excluir o sócio remisso ou reduzir o número de quotas proporcionalmente ao valor das já integralizadas. Podem ainda os sócios tomar para si as quotas não totalmente integralizadas ou transferi-las a terceiros, excluindo o sócio remisso da sociedade e devolvendo-lhe o que eventualmente tiver pago. Note-se, no entanto, que se tratam de medidas a serem tomadas pelos demais sócios e não pela sociedade em si. Esta só poderá cobrar o capital subscrito, mas ainda não integralizado pelo remisso.

possibilidade de tomar para si as quotas ainda não integralizadas, realizando-as e excluindo o remisso do quadro societário.

Mais clara, no entanto, foi a Lei Argentina – Lei 19.550 – que trata do regime jurídico das sociedades comerciais. O mencionado diploma legal, em seu art. 150, inserido na seção que regulamenta *la sociedad de responsabilidad limitada*, estabelece que “*Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes*”¹⁶⁸. Indicando, assim, de forma expressa que a responsabilidade dos sócios pela completa integralização do capital social é solidária perante terceiros.

No mesmo sentido, a Lei Uruguaia – Lei 16.060 – também estabelece expressamente, em seu art. 229, que “*los socios garantizarán solidariamente a los terceros la integración de los aportes en dinero*”¹⁶⁹. A responsabilidade dos sócios pela completa realização do capital social somente se daria quando de integralização em dinheiro de forma diferida, ou seja, parcelada. Como já mencionado, se o sócio optar por integralizar as quotas que subscreveu em dinheiro e de forma parcelada, terá o prazo máximo de dois anos para transferir à sociedade a importância devida. Assim, Ricardo Merlinski ressalta que, no ordenamento uruguaio, a responsabilidade dos demais sócios perante terceiros só nasceria se a integralização em questão não se realizasse dentro deste prazo legal¹⁷⁰.

Se o capital social estiver completamente integralizado, não se poderá exigir mais nenhum valor dos sócios. Por outro lado, se o capital ainda não estiver todo integralizado, os credores da sociedade podem, no limite da diferença entre o valor capital social subscrito e o valor do capital social efetivamente integralizado, requerer que o patrimônio pessoal de qualquer um dos sócios responda pelas obrigações da sociedade, ainda que se esteja diante de

¹⁶⁸ Os sócios garantem solidária e ilimitadamente perante terceiros a integralização do capital (tradução nossa). (ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 182)

¹⁶⁹ Art. 229. (*Garantía por los aportes*). *Los socios garantizarán solidariamente a los terceros la integración de los aportes en dinero así como la efectividad y el valor asignado a los aportes en especie al tiempo de la constitución de la sociedad. Esa garantía cesará en el plazo de dos años a partir de la fecha en que se haga el aporte.*

Art. 229 (Garantía dos aportes). Os sócios garantem solidamente perante terceiros a integralização dos aportes em dinheiro, bem como a efetividade e o valor dado aos aportes em bens no momento de constituição da sociedade. Essa garantia cessará no prazo de dois anos contados da data em que se realizou o aporte. (Tradução nossa). (URUGUAI. Ley 16.060 (1989). Sociedades comerciales. In: SEIJAS, Alicia. **Compendio práctico KPMG**. 2 ed. Montevideo: KPMG, 2005, p.54)

¹⁷⁰ Assim se manifestou o autor uruguaio:

En su Art. 229, inc. 1 la Ley impone a todos los socios la calidad de garantes solidarios por la efectiva integración de los aportes diferidos, si dicha integración no se realizó dentro del plazo de dos años otorgados para la misma.

Em seu Art. 229, inc. 1 a lei impõe a todos os sócios a qualidade de garantidores solidários pela efetiva integralização dos aportes diferidos, se a mencionada integralização não se realizou dentro do prazo de dois anos. (Tradução nossa). (MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciales**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p. 154)

uma sociedade caracterizada pela limitação da responsabilidade de seus membros em relações às dívidas societárias. Assim, na insuficiência de patrimônio da sociedade, eventuais credores podem cobrar dos sócios o valor a eles devido, desde que não ultrapasse a importância ainda não integralizada.

Itamar Gaino¹⁷¹, ao ressaltar a divergência doutrinária sobre o meio processual adequado para cobrança dos sócios pelos credores sociais, posiciona-se em sentido contrário. Defende que o credor não poderia estender a ação executiva, inicialmente proposta contra a sociedade, para os sócios, pois estes não seriam devedores diretos e não teriam legitimidade passiva. A responsabilidade dos sócios pela completa integralização das quotas existiria perante a sociedade e não perante os credores societários.

O credor da sociedade cujo capital social ainda não está completamente integralizado poderia somente requerer a penhora do direito de crédito que a sociedade possui perante o sócio remisso. O credor se sub-rogaria no direito da sociedade, tornando-se credor do sócio remisso. Assim, agindo como substituto processual da sociedade executada, poderia cobrar o crédito penhorado no bojo do próprio processo de execução ajuizado contra a sociedade.¹⁷²

Existem, entretanto, outras situações em que apesar de o capital social estar completamente integralizado, os sócios serão chamados a responder pessoalmente pelas obrigações contraídas pela sociedade limitada. Mas, não é esta a hipótese prevista no art. 1.052 do Código Civil, que somente imputa responsabilidade pessoal aos membros de uma sociedade limitada se o capital social subscrito ainda não estiver completamente integralizado.

6.2 Responsabilidade pela exata estimação do valor dos bens conferidos ao capital social (art. 1.055, §1º do CC/02)

O capital social de uma sociedade limitada pode ser integralizado, conforme já mencionado, mediante a transferência para a sociedade de dinheiro, bens ou créditos, sendo vedado somente a contribuição em prestação de serviços (art. 1055, §2º do CC/02). Se o sócio subscritor optar pela integralização do capital social com bens, não poderá transferi-los à sociedade imputando-lhes valor acima de seu valor real.

A super avaliação dos bens prejudica a formação do capital social, que será tido como integralizado, mas sem que se tenha uma efetiva correspondência entre o valor subscrito e o

¹⁷¹ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-41.

¹⁷² GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-41.

realizado. Restaria, assim, clara a inobservância ao princípio da efetividade do capital social. Por este princípio, o capital social deve corresponder realmente aos valores em bem, dinheiro ou crédito que os sócios tenham transmitido para a sociedade com o objetivo de realizar as quotas subscritas. Por isso, o Código Civil, no §1º do art. 1.055, estabelece, pela exata estimação ou avaliação dos bens transferidos à sociedade para formação de seu capital social, responsabilidade solidária entre todos os sócios, incluindo aqueles que nem mesmo integralizaram suas quotas com bens. Responderão, assim, pela diferença a maior do valor atribuído ao bem não somente o sócio que integralizou o capital social com o bem, mas todos os membros da sociedade.

Trata-se, bem como a responsabilidade dos sócios pela completa integralização do capital social, de responsabilidade solidária. Perdurará, no entanto, somente pelo prazo de cinco anos¹⁷³. Prazo este que é contado do registro do ato constitutivo da sociedade, na hipótese de integralização de capital para constituição da sociedade, ou contado do registro da alteração contratual que indicar o aumento do capital social, quando a integralização ocorrer com vistas a este fim.

O Código Civil, mais uma vez, prevê hipótese em que o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada pode ser atingido. O sócio é responsável pela diferença do valor a maior conferido a determinado bem utilizado para integralizar capital social, ainda que não tenha sido ele o integralizador, ou seja, terá responsabilidade pelo valor estimado a bem integralizado por outro sócio. Alfredo de Assis é ainda mais incisivo:

Aquele que pagar, ainda que seja o sócio prestante do bem cuja plus valia ficou caracterizada, pode voltar-se contra os demais para haver o que pagou, na proporção de sua participação nas perdas sociais. É que essa diferença constitui perda, e como tal deve ser tratada, da qual todos os sócios participam, nos percentuais legais ou consoante ajustado no contrato social (CC, arts. 1.007 e 1.008).¹⁷⁴

Como o valor imputado ao bem pelo subscritor, por se tratar de matéria de interesse da sociedade, deve ser alvo de deliberação entre os sócios, ou seja, de concordância dos demais

¹⁷³ No ordenamento jurídico uruguaio, todos os sócios também respondem solidariamente, nos termos do art. 229, da Ley 16.060, pelo valor conferido ao bem transferido à sociedade para integralização de capital social. A responsabilidade, no entanto, persiste por somente dois anos, contados da data da integralização. Ocorre que, caso o bem tenha sido avaliado por peritos designados judicialmente, os terceiros não poderão impugnar o valor dado ao bem:

Si el valor dado a los bienes que se aportan no fuere real, o adecuado a los valores de plaza, sino menor, los socios responden por la diferencia (Art. 229 inc. 1 LSC).

Está implícita aqui la posibilidad de que 3ros extranños inicien una acción de impugnación de la evaluación realizada. Esta impugnación no cabe si la evaluación fue hecha por peritos judiciales (Art. 229 inc. 4LSC). (MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciales**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p. 155)

¹⁷⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 323.

sócios, justifica-se a imputação a todos os sócios de responsabilidade solidária pelos valores atribuídos aos bens utilizados na realização do capital social. Talvez, seja também o motivo que poderia justificar o fato de o próprio integralizador do bem, pagando a diferença da super avaliação, poder voltar-se contra os demais sócios, como defende Alfredo de Assis.

Nosso ordenamento jurídico prevê somente para as sociedades por ações a necessidade de os bens utilizados na integralização de capital social serem submetidos à prévia análise pericial. O art. 8º da Lei 6.404/1976, que regulamenta as sociedades por ações, dispõe que a avaliação dos bens será realizada por três peritos ou “empresa” especializada, nomeados em assembleia geral. Os peritos ou a “empresa” especializada apresentará, nos termos do §1º do mencionado dispositivo, “*laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados*”, sendo tais avaliadores e o subscritor responsáveis perante a sociedade, os acionistas e os terceiros por eventuais danos causados por dolo ou culpa na avaliação dos bens. Tal laudo deverá ser submetido à deliberação dos acionistas em assembleia geral.

Esta prévia avaliação dos bens por perito, como ressalta José Waldecy Lucena¹⁷⁵, não seria a melhor solução a ser aplicada às sociedades limitadas, vez que se trata de tipo societário utilizado pela quase totalidade de micro, pequenas e médias sociedades. A prévia avaliação se mostraria, nestes casos, onerosa e burocrática.

Apesar da falta de previsão legal, Itamar Gaino adverte que, como forma para se resguardar responsabilização futura, conviria ao sócio que integralizará suas quotas sociais com bens providenciar laudo de avaliação elaborado por peritos ou “empresa” especializada de reconhecida idoneidade, aplicando-se, assim, por analogia o art. 8º da Lei 6404/1976. O laudo, devidamente aprovado pelos demais sócios, deveria ser apresentado, em conjunto com o ato constitutivo da sociedade, ao órgão de registro competente.¹⁷⁶

Neste sentido é o regramento do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, que estabelece, em seu art. 28¹⁷⁷, que os bens utilizados para a formação do capital social devem

¹⁷⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 295.

¹⁷⁶ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

¹⁷⁷ Artigo 28 (*Verificação das entradas em espécie*)

1. As entradas em bens diferentes de dinheiro devem ser objeto de um relatório elaborado por um revisor oficial de contas sem interesse na sociedade, designado por deliberação dos sócios na qual estão impedidos de votar os sócios que efectuam as entradas.

2. O revisor que tiver elaborado o relatório exigido pelo n.º 1 não pode, durante dois anos contados da escritura da sociedade, exercer quaisquer cargos ou funções profissionais na mesma sociedade ou em sociedades em relação de domínio ou de grupo com aquela.

3. O relatório do revisor deve, pelo menos:

a) Descrever os bens;

b) Identificar os seus titulares;

ser objeto de um relatório elaborado por um revisor oficial de contas, que, nos dois anos subsequentes ao registro do contrato social, fica impedido de exercer qualquer cargo ou função na sociedade ou em sociedade que com ela tenha relação de domínio ou de grupo. Só assim, se garantiria a isenção do revisor responsável e se tutelaria os interesses dos credores sociais.¹⁷⁸

O relatório, nos termos do art. 28, n.3, deve descrever os bens, identificar os sócios que estão se valendo dos mesmos para integralização do capital social e avaliá-los, indicando o critério que foi utilizado para tal avaliação. Deve ainda indicar se o bem atingiu ou não o valor das quotas ou ações atribuídas ao sócio.

Por fim, pela “exata estimação” deve-se entender o valor que foi atribuído ao bem no momento de sua integralização, ou seja, na data em que foi transferido à sociedade, ainda que este já tenha se perdido, tenha sido alienado ou objeto de qualquer negócio jurídico em que figure como parte a sociedade, ou ainda tenha se valorizado.¹⁷⁹

6.3 Responsabilidade do sócio que contribuir, com seu voto, para uma deliberação infrigente da lei ou do contrato social (art. 1.080 do CC/02)

As deliberações sociais tomadas em assembleia ou reunião de sócios, desde que em conformidade com a lei e com o contrato social, obrigam todos os membros da sociedade, incluindo aqueles que estavam ausentes ou que se manifestaram contrariamente à deliberação aprovada. Entretanto, nos termos do art. 1.080 do Código Civil em vigor, se a deliberação tomada infringir¹⁸⁰ a lei ou o contrato, os sócios que a aprovaram responderão de forma

c) Avaliar os bens, indicando os critérios utilizados para a avaliação;

d) Declarar se os valores encontrados atingem ou não o valor nominal da parte, quota ou ações atribuídas aos sócios que efetuaram tais entradas, acrescido dos prêmios de emissão, se for caso disso, ou a contrapartida a pagar pela sociedade. [...] (Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigosociedades_comerciais.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2012)

¹⁷⁸ QUINTAS, Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 64.

¹⁷⁹ Vejam-se os exemplos de Alfredo de Assis:

*Em se tratando, por exemplo, de um veículo, ou de um microcomputador, o que interessa é o valor que possuía ao tempo em que ingressou no patrimônio social, pouco importando as vicissitudes posteriores que o valorizaram ou o desvalorizam, ou, ainda, as circunstâncias de fato que o tornaram impróprio para o uso ou motivado seu abandono ou sua venda por preço vil. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 323)*

¹⁸⁰ Itamar Gaino traz os seguintes exemplos:

As deliberações podem ser infringentes da lei comercial, da lei civil e até mesmo da lei processual civil. A infração da lei comercial caracteriza-se com mais frequência pela dissolução irregular da sociedade [...].

A infração da lei civil pode ocorrer pela simulação de negócios jurídicos, por exemplo, pelo fingimento de transferência de bens sociais a terceiros, com a finalidade de prejudicar os credores. Pode dar-se também

ilimitada pelos eventuais danos que tal deliberação causar à sociedade, aos sócios ou a terceiros.

Resta claro que na hipótese em questão de exceção à limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, a responsabilidade não deriva simplesmente de ter o indivíduo a qualidade de sócio. Trata-se de responsabilidade que só se verifica se tiver concorrido para a formação da vontade social maculada, ou seja, aqueles sócios que tiverem manifestado contrariamente em assembleia ou reunião ou não tiverem participado da votação não respondem com seu patrimônio pessoal pelos danos causados por uma deliberação tomada em contrariedade à lei ou ao contrato social.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece questão importante quanto à responsabilidade dos sócios em tela. Em regra, a responsabilidade dos sócios que contribuíram para a formação da vontade social viciada seria solidária, ou seja, todos que aprovaram a deliberação infringente à lei ou ao contrato seriam responsáveis de forma ilimitada e solidária pelo dano causado. Mas, ressalta que é necessário distinguir os vícios de procedimento, que são aqueles que se referem à forma legal para a tomada da deliberação, dos vícios de conteúdo, que são aqueles que dizem respeito ao objeto da deliberação:

Nos vícios de procedimento responsabilizam-se aqueles que foram os autores da ocorrência, excluídos os demais sócios, ainda que em momento ulterior tenham contribuído para a aprovação da matéria que era objeto da deliberação; os de conteúdo responsabilizam todos os que votaram pela aprovação da matéria, sendo excluídos, apenas, os ausentes os abstenentes e os dissidentes. Para exemplificar, imagine-se uma assembleia ou reunião de sócios que se realiza sem o quórum mínimo necessário para a tomada da deliberação (de $\frac{3}{4}$ em primeira convocação, por exemplo). O vício é de responsabilidade dos sócios integrantes da mesa dos trabalhos, não dos sócios que participam da deliberação e que não necessitam averiguar se o quórum foi atingido ou não. Suponha-se, agora, que os sócios, ao deliberarem, tomam a decisão de não recolher ao órgão oficial de previdência social a parte do salário retida dos trabalhadores, para destiná-la ao capital de giro da sociedade. Todos os sócios que aprovaram essa destinação são solidária e ilimitadamente responsáveis pelos prejuízos dela decorrentes (juros, multa e demais encargos), bem como pela reposição pessoal desses valores, se a sociedade não

pela transferência efetiva de bens sociais, agindo os sócios em conluio com o adquirente, caracterizando-se, aí, a figura jurídica da fraude contra credores.

A infração da lei processual civil decorre da alienação de bens sociais quando está em curso processo de execução contra a sociedade, tipificando-se, então, a fraude à execução. (GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125).

Fábio Ulhoa, por sua vez, traz o exemplo da fiança:

Como exemplo, imagine-se que o contrato social proíba – como, aliás, é usual – à sociedade limitada prestar fiança. Se os sócios majoritários aprovam em assembleia, ou alguns dos sócios autorizam, por escrito, confrontando a proibição constante do contrato social, a concessão da garantia pela sociedade, esses sócios são responsabilizáveis pelas obrigações sociais de fiadora. O credor da sociedade pode cobrar dos sócios participantes da deliberação irregular, diretamente, o valor afiançado. [...] (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 410)

possuir patrimônio suficiente para honrá-la, por se tratar, aí, de consequência direta do ilícito.¹⁸¹

Itamar Gaino salienta ainda que a solidariedade em questão somente se opera entre os sócios, e não entre eles e a sociedade. Entre esta e seus sócio há uma relação de subsidiariedade, que determina que os bens particulares dos sócios somente podem ser executados por dívidas sociais depois de serem executados os bens sociais (art. 1.024 do CC/02). Assim, o credor poderia exigir de um, de algum deles ou de todos os sócios que concorreram para a aprovação de deliberação infringente da lei ou do contrato o valor devido, tendo, no entanto, aquele que pagar o direito de reembolso perante os demais pelo o que exceder sua respectiva quota.¹⁸²

6.3.1 Responsabilidade dos sócios decorrente da dissolução irregular da sociedade

Exemplo de deliberação social infringente de lei, ou seja, de ato ilícito previsto no art. 1.080 do Código Civil, é a dissolução irregular da sociedade. Nesta, a dissolução da sociedade se dá sem a observância do procedimento previsto em lei, acarretando, assim, a responsabilização ilimitada perante terceiros daqueles sócios que deliberaram a dissolução irregular.

Itamar Gaino¹⁸³ destaca também a responsabilidade daqueles sócios que tiveram uma atuação conivente com a prática do ato ilícito em questão, pois não seria comum uma deliberação por escrito a respeito da dissolução irregular. O sócio somente se eximiria da responsabilização prevista no art. 1.080, se provasse que dissentiu expressamente da deliberação sobre a dissolução de fato, demonstrando que efetivamente tentou evitá-la, que requereu a dissolução judicial da sociedade ou ainda que, verificando a insolvência da sociedade, requereu sua recuperação ou sua falência.

Ressalva, no entanto, a situação de eventual sócio minoritário, que não tenha participação alguma na administração da sociedade. Tratar-se-ia de um sócio fictício, que através de um acordo simulatório, é inserido no quadro societário simplesmente para criar uma aparência perante terceiros. Por isso, dever-se-ia afastar a presunção de que este sócio tenha participado da deliberação a respeito do encerramento irregular das atividades exercidas pela sociedade. Como há uma simulação, Gaino propõe que o minoritário poderia, em sua

¹⁸¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 394-395.

¹⁸² GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

¹⁸³ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

defesa em um processo de cobrança ou de execução, obter êxito com a alegação de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. Caso tivesse ingressado no quadro social sob a égide do Código Civil em vigor poderia requerer ao juiz, no bojo dos próprios autos da ação de cobrança ou da execução, a declaração de nulidade de sua participação societária. Por outro lado, se tivesse ingressado ainda sob a vigência do Código Civil de 1.916, que trata a simulação como defeito do negócio jurídico simplesmente passível de anulação – e não de nulidade –, seria preciso uma ação própria para o reconhecimento da mácula.¹⁸⁴

Em que pese a opinião do autor, excluir o sócio fictício de responsabilização patrimonial com seus bens pessoais, quando de dissolução irregular da sociedade da qual faça parte do quadro societário somente para criar uma aparência perante terceiros, seria cancelar a simulação¹⁸⁵ da qual fez parte. Na hipótese em questão, poder-se-ia afirmar que se trata de simulação maliciosa, que se dá quando “há a intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, e, como expressão da malícia ou da má fé do agente, inquina de defeito o ato negocial”¹⁸⁶.

A distinção entre simulação inocente – aquela que não traz prejuízo a ninguém – e simulação maliciosa não produz mais efeitos práticos, pois o Código Civil em vigor prevê a nulidade dos negócios jurídicos simulados, e não a anulabilidade, como fez o legislador do Código de 1.916. No entanto, é importante demonstrar o *animus* do agente para que não se premie uma conduta pautada pela má-fé e na malícia. Ou seja, aquele sócio que tinha o objetivo de prejudicar terceiros ou violar disposição legal não pode se eximir de responsabilização por eventuais danos causados a credores da sociedade. Ainda que, em decorrência de sua participação no quadro societário ser nula, não se pudesse atingir seu

¹⁸⁴ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

¹⁸⁵ Nas lições de Caio Mário:

Não há na simulação um vício de consentimento, porque o querer do agente tem em mira, efetivamente, o resultado que a declaração procura realizar ou conseguir. Mas há um defeito do ato, ou um daqueles que a doutrina apelida de vícios sociais, positivado na conformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela, ou em razão da técnica de sua realização. Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1. p. 339)

No mesmo sentido posiciona-se Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal:

Assim, a simulação revela-se como intencional e propositado desacordo entre vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado.

[...] O negócio simulado, destarte, corporifica uma situação que se apresenta verdadeira, sem o ser. Enfim, se trata de um negócio não verdadeiro, porque as partes objetivam a consecução de um fim não permitido por lei, em detrimento de terceiros ou para fraudar a lei. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 459)

¹⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1. p. 340.

patrimônio pessoal no bojo dos próprios autos da ação de cobrança ou de execução proposta contra a sociedade dissolvida irregularmente, como defende Gaino, não poderia o sócio fictício se isentar de responsabilidade a ser apurada em ação própria.

Ademais, o sócio fictício não poderia se valer da sua própria má-fé para se exonerar de responsabilidade pela prática de ato ilícito, consiste na dissolução de fato da sociedade. Eis a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Visto que, na simulação maliciosa, as pessoas que participam do ato estão movidas do propósito de violar a lei ou prejudicar alguém, não poder arguir o defeito, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. [...] ¹⁸⁷

José Waldecy Lucena, por sua vez, defende que somente o sócio administrador responderia pessoal e ilimitadamente pela dissolução irregular da sociedade limitada, pois é ele que teria agido contra a lei e eventualmente contra cláusula do contrato social que previsse a dissolução da sociedade, ou seja, teria agido com excesso de poderes. É ao sócio administrador ¹⁸⁸ que competiria dissolver e liquidar regulamente a sociedade. Assim, àquele sócio que fosse mero prestador de capital, sem qualquer tipo de participação na administração da sociedade, não poderia ser imputada responsabilidade pessoal pelas dívidas sociais. ¹⁸⁹

O sócio não administrador só responderia pessoalmente pela dissolução de fato da sociedade quando tivesse “*usurpado a administração/gerência, assim praticando ato ilícito absoluto (CC/2002, arts. 186-187; CC/1916, art. 159)*”, ou ainda quando tivesse “*proferido voto, formador de deliberações sociais infringentes do contrato social ou da lei (CC/2002, art. 1.080; Decreto nº 3.708, arts. 11 e 16)*”. ¹⁹⁰

Se este sócio – o não administrador – eventualmente viesse a receber bens em partilha decorrente de um procedimento de dissolução irregular, tornar-se-ia, no entanto, responsável pelas dívidas sociais. Não se trataria de uma responsabilidade ilimitada como a do sócio administrador, mas uma responsabilidade limitada ao que recebeu do acervo patrimonial. Sua responsabilidade cessaria, assim, com o esgotamento do que recebeu na partilha no pagamento de dívidas sociais. Para Lucena, tal responsabilidade decorreria da vedação ao enriquecimento sem causa, pois a dissolução, a liquidação e a partilha deveriam se realizar em

¹⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1. p. 340.

¹⁸⁸ A sociedade limitada pode ser administrada tanto por sócio(s) como por terceiro(s) estranho(s) ao quadro social. Mas, como o objetivo do trabalho é discutir a extensão da responsabilidade do sócio, tratar-se-á apenas da responsabilidade do administrador quando este for um membro da sociedade.

¹⁸⁹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 900-903.

¹⁹⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 903.

benefício primeiro dos credores. Somente depois de pagos os credores, o acervo patrimonial remanescente deveria ser partilhado entre os sócios.¹⁹¹

Bem como a constituição da sociedade, sua dissolução também demanda providências próprias previstas em lei. Assim, o simples encerramento fático das atividades exercidas pela sociedade, com a apropriação dos bens sociais sem o pagamento das dívidas sociais, configuraria um ilícito capaz de tornar ilimitada a responsabilidade dos sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade. Verificada a dissolução irregular, os bens particulares dos sócios poderiam, assim, sofrer constrição judicial com o objetivo de satisfazer credores da sociedade.

No tocante às dívidas tributárias, a jurisprudência se pacificou. O sócio administrador integrante de sociedade dissolvida irregularmente responderá com seu patrimônio pessoal. Além de diversos precedentes¹⁹² do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi editada pelo mesmo Tribunal a Súmula 435, estabelecendo que “*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.

Verifica-se que o entendimento sumulado é no sentido de que a simples alteração de domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes faz presumir a dissolução irregular da sociedade, e conseqüentemente, possibilita o redirecionamento da execução para sócio administrador. Nota-se ainda que aquele sócio que nunca exerceu a administração da sociedade estaria afastado da responsabilidade pessoal fiscal em questão. Como alerta Marco Fratzezi Gonçalves, a discussão só persiste quanto à posição ocupada pelo sócio administrador no tempo:

- a) só o sócio administrador da época da dissolução irregular responde pelos débitos;
- b) só o administrador da época do fato gerador responde pelos débitos;
- c) só o administrador que o era tanto à época do fato gerador quanto à época da dissolução irregular responde pelos débitos;
- d) tanto o administrador da época do fato gerador quanto o da época da dissolução irregular respondem pelos débitos, em qualquer caso; e
- e) tanto o administrador da época do fato gerador quanto o da época da dissolução irregular respondem pelos débitos, a depender do caso concreto (existência, ou não, de ato ilícito – por exemplo, simulação ou fraude).¹⁹³

Fratzezi Gonçalves defende que tanto o administrador à época do fato gerador como aquele à época da dissolução de fato respondem pelos débitos sociais. Tal responsabilidade,

¹⁹¹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 903-904.

¹⁹² Como exemplo, pode-se citar: Recurso Especial nº 1.242.697/SP; Recurso Especial nº 1.104.064/RS; Recurso Especial nº 1.017.732/RS; Recurso Especial nº 944.872/RS.

¹⁹³ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Ainda a dissolução irregular: redirecionamento da execução fiscal e data de obtenção de poderes de administração da sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 198, março 2012, p. 99.

no entanto, deveria ser apurada no caso concreto. Fundamenta seu posicionamento na construção jurisprudencial que acabou culminando com a edição da Súmula n.º 435 pelo STJ e na interpretação que reputa correta do art. 135, III¹⁹⁴ do Código Tributário Nacional (CTN). O STJ caminhou no sentido de basear suas decisões de redirecionamento das execuções fiscais no mencionado dispositivo do CTN. Assim, a extensão da responsabilidade tributária ao sócio administrador de sociedade dissolvida irregularmente decorria do fato de ter agido com excesso de poderes ou com infração da lei, do contrato ou estatuto social, ou seja, da prática de ato ilícito. Não se trataria, como defende a doutrina clássica do Direito Tributário, de uma responsabilidade por substituição, em que o administrador seria responsabilizado no lugar da própria sociedade, exonerando-a. A responsabilidade entre sócio administrador e sociedade dissolvida irregularmente seria conjunta, ou seja, não se afastaria a responsabilidade da sociedade, pois seria ela, ainda que através de seus representantes, que praticaria o fato que a lei prevê como tributável.¹⁹⁵

Ocorre, no entanto, que o simples inadimplemento das obrigações fiscais da sociedade não acarreta *a priori* a responsabilização pessoal de seu administrador. O mencionado inadimplemento pode ter ocorrido sem qualquer infração de disposição legal ou contratual. Assim, ainda que posteriormente a sociedade venha a ser dissolvida irregularmente, o sócio administrador à época da ocorrência do fato gerador não poderia ter estendido a si os efeitos do vínculo obrigacional em questão. Somente aquele sócio administrador que exercia a gestão da sociedade quando de sua dissolução de fato é que poderia ser responsabilizado pessoalmente pelos débitos fiscais da pessoa jurídica. É claro que aquele administrador à época do fato gerador pode também ser responsabilizado, mas se tiver praticado outro ato ilícito¹⁹⁶, e não em decorrência da dissolução irregular em si.

A sanção do redirecionamento da execução fiscal ao sócio administrador, prevista na Súmula n.º 435 do STJ, decorre da prática do ato ilícito da dissolução irregular, e não do simples inadimplemento da obrigação tributária. Assim, é aquele sócio administrador que dissolveu irregularmente a sociedade que deverá, nos termos da Súmula em análise, ser responsabilizado, não sendo necessário para tanto que também tenha poderes de administração à época do fato gerador.

¹⁹⁴ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

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

¹⁹⁵ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Ainda a dissolução irregular: redirecionamento da execução fiscal e data de obtenção de poderes de administração da sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 198, março 2012, p. 99-102.

¹⁹⁶ Como exemplo, pode-se citar a declaração fraudulenta de rendimentos.

6.4 Cessão e Trespasse

O Código Civil em vigor ainda imputa responsabilidade aos envolvidos nas operações de cessão de quotas de uma sociedade limitada e de trespasse do estabelecimento empresarial, o que implica, como se verá a seguir, na responsabilização pessoal dos sócios da sociedade participante. Daí a importância dos apontamentos que seguirão.

6.4.1 Cessão

Na cessão de quotas, o cedente, por ato entre vivos oneroso ou gratuito, transfere ao cessionário as quotas da sociedade que até então lhe pertenciam. Ou seja, ocorre a transferência de titularidade da participação societária, e, conseqüentemente, a transmissão dos direitos patrimoniais e pessoais de sócio, bem como das obrigações inerentes à qualidade de membro da sociedade. Tal transferência, no entanto, em nada afeta a titularidade do estabelecimento empresarial, que permanece nas mãos da sociedade que explora a atividade econômica.

A cessão ou transferência de quotas se dá mediante alteração no contrato social, que deverá ser registrada na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, dependendo da espécie de sociedade limitada. Alfredo de Assis, na esteira do parágrafo único do art. 1.057 do Código Civil, indica ainda outra possibilidade, lecionando que “*o instrumento de cessão assinado pelas partes e por sócios que representam a maioria qualificada [...] é hábil para ser averbado à margem da inscrição da sociedade e para, então, operar a transmissão de quotas do cedente para o cessionário com efeitos em relação a todos os eventuais interessados*”¹⁹⁷. Ocorre que nesta hipótese, ou seja, da cessão ser realizada através de averbação às margens do registro do instrumento de transferência, ainda será necessário o registro de posterior alteração contratual, vez que com a transmissão de quotas necessariamente há alteração no quadro societário.

Nos termos do art. 1.057 do Código Civil, na omissão do contrato social da sociedade limitada, é livre a transmissão de quotas para aqueles que já integram o quadro societário, ou seja, podem as quotas serem cedidas livremente para aqueles que já são sócios. Assim, sendo o contrato social omissivo, pode-se afirmar que a transmissão de quotas a cessionário já sócio independe da anuência dos demais. Pode, entretanto, o contrato social estabelecer algum tipo

¹⁹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 329.

de regramento ou condicionante à cessão, como, por exemplo, a fixação de direito de preferência ou a própria anuência dos demais sócios.

Em contrapartida, sendo também o contrato social omissivo, se a cessão for a terceiro estranho à sociedade, é necessário que não se tenha a oposição de sócios que representem mais de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do capital social, ou seja, é preciso anuência de sócios que representem, no mínimo, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social. Esta maioria pode, no entanto, ser alterada pelo contrato social. Pode ser reduzida, facilitando-se a transmissão das quotas, bem como pode ser aumentada. Se este instrumento pode, seja para evitar a entrada de terceiros estranhos na sociedade, seja para evitar a alteração no controle societário, vedar ou estabelecer limites à cessão, pode também alterar a maioria prevista no art. 1.057 do Código Civil, aumentando-a. Pode ainda tal maioria ser suprimida pelo contrato, permitindo-se que o sócio ceda suas quotas a terceiros sem a necessidade de anuência dos demais membros da sociedade.

No que diz respeito à responsabilidade do cedente e do cessionário das quotas, estabelece o parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil, inserido do Capítulo referente às sociedades simples, que *“até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”*.

Nota-se que o dispositivo transcrito regulamenta a responsabilidade do cedente e do cessionário perante terceiros e a própria sociedade, omitindo-se quanto a eventual responsabilidade existente entre eles. Nada impede, entretanto, que o contrato particular de cessão das quotas estabeleça a regulamentação referente ao exercício do direito de regresso do cessionário em face do cedente, caso aquele tenha suportar alguma obrigação social. Como ressalta Daniel Moreira do Patrocínio e Renzo Brandão Gotlib, em decorrência de ser a lei silente, no instrumento particular podem ser *“contratadas as condições relativas à sucessão pelas obrigações existentes até aquele momento, ainda que venham a ser apuradas em uma oportunidade posterior”*¹⁹⁸.

Perante a sociedade e terceiros, tem-se que o cedente responde solidariamente com o cessionário pelas obrigações que tinha como sócio, por dois anos após registrada a modificação contratual. Entretanto, na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de suas quotas, tendo o sócio a obrigação de integralizar o capital social

¹⁹⁸ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do; GOTLIB, Renzo Brandão. Cessão de quotas de sociedade limitada e alienação do estabelecimento empresarial: responsabilidade civil do cessionário de participação societária e do adquirente no contrato de trespasse. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6. n. 31, fevereiro 2010, p. 33.

subscrito. Assim, estando todo esse integralizado, ainda que a sociedade esteja sujeita à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples, não há que se falar em obrigação do cedente perante a sociedade e terceiros.

Se, no entanto, o cedente não tiver integralizado por completo as quotas que integralizou, continuará responsável¹⁹⁹, tanto perante a sociedade como perante terceiros credores, por dois anos depois de averbada a modificação do contrato social que indique a cessão das quotas. Assim, poderá a sociedade, neste, prazo cobrar o valor ainda não integralizado tanto do cessionário como do cedente. Os credores da sociedade, por sua vez, poderão também, na hipótese de insuficiência do patrimônio da sociedade, cobrar do cedente, desde que observado o limite do valor ainda não integralizado. Neste sentido, também se manifestou Ricardo Merlinski ao tratar da cessão de quotas de sociedade limitadas uruguaias:

Si, estando pendiente la integración de algún aporte, hubiera una transferencia de cuotas, el que enajena las mismas y su adquirente, serán solidariamente responsables por la efectiva integración de aquél aporte,[..]. La Ley sanciona el pacto en contrario, haciéndolo ineficaz e inoponible a la sociedad y a terceros.^{200 201}

É claro que tais credores, nos termos do art. 1.052 do Código Civil, também poderão cobrar dos demais sócios, incluindo-se o cessionário, pois, como já mencionado, nas sociedades limitadas todos os seus membros respondem solidariamente pela completa integralização do capital social. O que a norma do art. 1.003 permite é que, nas sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples, o cedente, caso não tenha integralizado todas as quotas que subscreveu, responda solidariamente com o cessionário por tal integralização no prazo de dois anos, contados do registro da alteração contratual. O cedente também²⁰² é responsável solidariamente, no prazo mencionado, pela

¹⁹⁹ Jorge Lobo defende que cedente e cessionário, além de responderem pela realização das quotas cedidas e pela completa integralização do capital social, ainda respondem pelo adimplemento das obrigações acessórias e suplementares assumidas pelo cedente. (LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 193-194)

²⁰⁰ Se estiver pendente integralização de algum aporte e houver uma cessão de quotas, aquele que as transfere e aquele que as adquire serão solidariamente responsáveis pela efetiva integralização do aporte, durante o prazo estipulado para efetuá-lo. A Lei sanciona pacto em contrário, declarando-o ineficaz e inoponível à sociedade e a terceiros. (Tradução nossa)

²⁰¹ MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciais**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008, p. 155.

²⁰² Neste trabalho, entende-se que o legislador, ao estabelecer no parágrafo único do art. 1.003 do CC/02 que o cedente é responsável “*solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio*”, está se referindo tanto ao débito (*Schuld*) como à responsabilidade (*Haftung*) da teoria dualista do vínculo obrigacional. Caio Mário leciona que o débito seria o dever de prestar do devedor e a responsabilidade seria a garantia de se exigir o pagamento na hipótese de inadimplemento:

[...] a doutrina moderna enxerga na obrigação um débito (*Schuld*) e uma garantia (*Haftung*). O primeiro é o dever de prestar, que facilmente se identifica, mas que não deve ser confundido com o objetivo da obrigação. Este debitum (*Schuld*) mora na sua essência mesma, e exprime o dever que tem o sujeito passivo da relação

completa integralização das quotas subscritas pelos demais subscritores, pois, como prescreve o art. 1.052 do Código Civil, trata-se de obrigação que tinha como sócio. O cedente seria, logo, responsável pelo prazo de dois anos tanto pela integralização das quotas que subscreveu como pelas subscritas pelos demais sócios. Transcorrido este prazo, a obrigação persistirá somente em face do cessionário.

O cedente ainda se responsabilizaria solidariamente com o cessionário e demais sócios pela exata estimação dos bens que foram transferidos à sociedade para integralização do capital social. Conforme dispõe o já mencionado §1º do art. 1.055, trata-se de obrigação solidária de todos os sócios, que perdurará por 5 (cinco) anos contados do registro do ato constitutivo da sociedade ou da alteração contratual que indique o aumento de capital social (art. 1.055, §1º). Cedendo o sócio, no entanto, suas quotas, a obrigação em questão só subsistirá pelo prazo de 2 (anos), contados do registro da alteração contratual ou da averbação à margem do registro da sociedade do instrumento de cessão. Ou seja, a responsabilidade do cedente persiste somente por dois anos após a cessão, ainda que o prazo de cinco anos previsto no §1º do art. 1.055 ainda não tenha se esgotado. A responsabilidade do cessionário, no entanto, permanecerá até que se completem o mencionado prazo de cinco anos.²⁰³

Assim, o parágrafo único do art. 1.003 somente se aplicaria às sociedades limitadas se interpretado em consonância com o art. 1.052, que limita a responsabilidade dos sócios quando da completa integralização do capital social, e se a sociedade em questão estivesse sujeita à regência supletiva das normas das sociedades simples.

Jean Carlos Fernandes, no entanto, defende que tal norma não se aplicaria às sociedades limitadas, sejam elas sujeitas a regência supletiva ou não das normas incidentes sobre as sociedades simples:

obrigacional de prestar, isto é, realizar uma certa atividade em benefício do credor, seja ela um dare, uma facere ou um non facere. Fundamentalmente traduz o dever jurídico que se impõe ao devedor de um pagamento, e que se extingue se esta prestação é executada espontaneamente.

Em contraposição, o sujeito ativo tem a faculdade de reclamar do reus debendi a prestação daquela atividade ou de exigir o pagamento e mobilizar as forças cogentes do Estado no sentido de assegurar o cumprimento da obrigação. Nesta existe, portanto, um princípio de responsabilidade que o integra (Haftung) e permite ao credor carrear uma sanção sobre o devedor [...]. (PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2, p. 16-17).

Tal observação se faz necessária, pois, como assevera Alfredo de Assis, o sócio, além de ser responsável pela realização das quotas que ele próprio subscreveu, só é responsável pela integralização de quotas subscritas pelos demais membros da sociedade a título de garantia:

O Código Civil, com melhor técnica, deixa claro que a responsabilidade do sócio é de efetuar o pagamento de sua quota e se estende, a título de garantia do pagamento dos demais, até a integralização do capital social. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 310-311).

²⁰³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 330.

Percebe-se, sem nenhuma dificuldade hermenêutica, que tais dispositivos [art. 1003, art. 1025, art. 1032, art. 1086 e art. 1103 do CC/02] encontram-se na contramão do previsto no artigo 1.052 do Código Civil, que estabelece a regra da responsabilidade dos sócios nas limitadas e, sendo com ele incompatíveis, não se aplicam a tal tipo societário, não havendo, portanto, que se falar em responsabilidade ilimitada do sócio por dívidas sociais indistintamente após a sua exclusão ou cessão de quotas, em decorrência de passivo descoberto ou quando admitido em sociedade já constituída, como preconizado pelos citados dispositivos.²⁰⁴

A lei argentina que regulamenta as sociedades – Ley 19.550 – não deixou dúvidas sobre a questão da responsabilidade do cedente e do cessionário. Prevê expressamente, em seu art. 150²⁰⁵, que o cedente de quotas de *sociedad de responsabilidad limitada* responde, por um prazo de cinco anos²⁰⁶, pelas obrigações contraídas até o momento da cessão, restando claro, assim, a extensão da responsabilidade do cedente. Prevê ainda, também de forma expressa, sua responsabilidade solidária pela completa integralização do capital social:

El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandarle el pago sin previa interpelación al socio moroso.²⁰⁷

Alargando ainda mais a ilimitação da responsabilidade dos sócios de sociedades limitadas, Daniel Moreira do Patrocínio e Renzo Brandão Gotlib alertam, no entanto, que a responsabilidade solidária do cedente com o cessionário não tem ficado limitada à completa integralização do capital social e à exata estimação dos bens transferidos à sociedade para formação do capital. Lembram que na Justiça do Trabalho o entendimento que tem prevalecido é o de que na insuficiência ou ausência de bens da sociedade e dos sócios atuais,

²⁰⁴ FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.

²⁰⁵ Art. 150 [Transferencia de cuotas] – La garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción. El adquirente garantiza los aportes en los términos de los párrafos primero y segundo, sin distinción entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción.

El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandarle el pago sin previa interpelación al socio moroso. (ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 182.)

²⁰⁶ Sobre o prazo da responsabilidade do cedente assim dispõe Roberto Cornet:

En la anterior redacción de la ley 19.550, el art. 150 disponía que la garantía del cedente duraba hasta dos años posteriores a la inscripción de la transferencia, con la nueva redacción, la garantía dura todo el plazo que falte desde la fecha de la transferencia hasta completar el plazo de cinco años del art. 51 L.S.. (CORNET, Roberto. La transmisión de las cuotas sociales. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memoriam del professor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 112).

²⁰⁷ O cedente que não tenha completado a integralização das quotas está obrigado solidariamente com o cessionário pela integralização ainda devida. A sociedade não pode demandá-lo sem prévia interpeção ao sócio remisso. (Tradução nossa) (ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 182.)

os sócios que se retiraram da sociedade responderiam também pelas dívidas trabalhistas, aplicando-se subsidiariamente no processo trabalhista o art. 1.003 do CC/02.²⁰⁸

Assim, além da exceção à limitação da responsabilidade dos sócios de limitadas prevista no art. 1.003 do CC/02 e de incidência sob as dívidas sociais de natureza civil e empresarial, tem-se ainda a aplicação subsidiária na mencionada regra pela jurisprudência trabalhista. Tal afirmação só reforça a proposta do presente trabalho: a característica da limitação da responsabilidade dos sócios, típica do tipo societário em questão, diante de tantas exceções legais e jurisprudenciais, está se perdendo.

6.4.2 *Trespasse*

Trespasse é a operação de alienação do estabelecimento empresarial. Este, por sua vez, é o conjunto de bens, tangíveis e intangíveis, necessários ao exercício da empresa, ou seja, da atividade econômica explorada pelo empresário.

Pela operação de trespasse o empresário trespasante se obriga a transferir a titularidade do estabelecimento ao adquirente trespasário. Ocorre, assim, ao contrário do que se dá com a cessão de quotas, mudança na titularidade do complexo de bens organizado para o exercício da empresa, sem que, no entanto, ocorra alteração no quadro societário da sociedade limitada trespasante.

O contrato de alienação do estabelecimento empresarial, nos termos do art. 1.144 do Código Civil, só produzirá efeitos em relação a terceiros após a averbação às margens da inscrição do empresário trespasante na Junta Comercial e publicação do mesmo na imprensa oficial. O objetivo é dar publicidade à operação em questão, para que os interessados,

²⁰⁸ Vejam-se as ementas dos julgados colacionados pelos autores para fundamentar as afirmações feitas: EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. Em face da ausência de bens da sociedade e dos atuais sócios para responder pela dívida trabalhista, respondem os sócios retirantes com o patrimônio pessoal, conforme preconizam o art. 339 do Código Comercial e o art. 1.003 do CC c/c o art. 4º da Lei nº 6.830/80 e inciso III do art. 135 do CTN, todos de aplicação subsidiária no processo do trabalho (Processo nº 00806-2002-105-15-00-6, 2ª Câmara, Vara do Trabalho de Campo Lindo Paulista).

SOCIEDADE COMERCIAL. SÓCIO RETIRANTE. Responsabilidade pelo inadimplemento das verbas devidas aos empregados que prestaram serviço na época em que mantinha o status de sócio. Aplicação subsidiária do art. 1.003, parágrafo único, do CC (de 2002). Ementa Oficial: SÓCIO RETIRANTE. RESPONSABILIDADE. OBRIGAÇÃO TRABALHISTA. O sócio que se desliga da sociedade ainda permanece responsável pelos débitos de natureza trabalhista dos empregados que prestaram serviços na época em que mantinha referido status, aplicando-se de forma subsidiária, o quanto disposto no art. 1.003, parágrafo único, do novo CC brasileiro (TRT, 15ª R, Processo nº 464-2003-103-15-00-2/Araçatuba-SP, Relª Juíza Elency Pereira Neves, j. 11.05.04, v.u.) RTD 115/302.

(PATROCÍNIO, Daniel Moreira do; GOTLIB, Renzo Brandão. Cessão de quotas de sociedade limitada e alienação do estabelecimento empresarial: responsabilidade civil do cessionário de participação societária e do adquirente no contrato de trespasse. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6. n. 31, fevereiro 2010, p. 38).

sobretudo os credores do empresário trespasante que tem no estabelecimento a garantia da satisfação de seus créditos, possam tomar as medidas cabíveis para proteção de seus direitos.

Eduardo Goulart ressalta as incertezas que podem ser geradas em decorrência da omissão legislativa quanto ao órgão oficial em que deve ser publicado o contrato de trespasse. Para o autor, a publicação deve ocorrer no órgão de publicação oficial do local em que esteja situado o estabelecimento objeto da operação de trespasse, pois se presumiria que seria neste local que o empresário alienante concentraria a maior parte de seus negócios, e conseqüentemente, a maioria de suas obrigações. Alerta, no entanto, para o fato de a localização do estabelecimento nem sempre coincidir com a da sede ou do domicílio do empresário trespasante.²⁰⁹

Tal incompatibilidade não afastaria, entretanto, sua orientação, vez que defende que o objetivo do art. 1.144 do Código Civil é o mesmo vislumbrado pela legislação falimentar, qual seja, a proteção dos direitos dos credores. Assim, ainda que o estabelecimento estivesse situado em local diverso da sede ou domicílio do empresário alienante, dever-se-ia adotar a mesma “*orientação consagrada na definição do juízo competente para conhecer dos pedidos de falência contra o empresário, qual seja: será aquele do local em que este sujeito de direito tenha o seu maior volume de negócios (e, por consequência, de credores)*”²¹⁰.

Além da observância dos requisitos previstos no mencionado art. 1.144, se ao alienante não restarem bens suficientes à satisfação das obrigações relativas ao estabelecimento, a eficácia da alienação ainda estará condicionada ao pagamento de todos os credores²¹¹ ou ao consentimento dos mesmos (art. 1.145 do CC/02). Consentimento este que deve ser manifestado, de forma expressa ou tácita, no prazo de trinta dias, contados a partir de notificação a todos os credores, em que se comunicará a realização da operação envolvendo o estabelecimento. Assim, ainda que os credores não se manifestem formalmente sobre o trespasse, a inércia nos trinta dias seguintes à notificação já seria suficiente à produção de efeitos da alienação do estabelecimento.

²⁰⁹ PIMENTA. Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo Código Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

²¹⁰ PIMENTA. Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo Código Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

²¹¹ Tratam-se somente daqueles credores cujos créditos foram contraídos pelo empresário alienante antes da transferência do estabelecimento empresarial. Nesse sentido leciona Eduardo Goulart Pimenta:

Ressalve-se que esta responsabilidade, por óbvio, somente envolve os débitos contraídos pelo alienante do estabelecimento e antes da realização do negócio uma vez que apenas os credores existentes à época do trespasse contavam (ou podiam contar) com a garantia patrimonial alienada. (PIMENTA. Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo Código Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104).

No entanto, se o empresário trespasante for solvente, a alienação produzirá todos os seus efeitos, independentemente da anuência expressa ou tácita de seus credores. A notificação aos credores, logo, somente seria obrigatória se à época da alienação do estabelecimento o passivo do empresário alienante já era superior ao que lhe restaria após a operação de transferência²¹².

Quando do trespasse, o adquirente responde pelas dívidas contraídas anteriormente à alienação do estabelecimento empresarial, desde que tais dívidas estejam contabilizadas. Assim, o adquirente só responderá por eventuais passivos ocultos de natureza cível se tal responsabilidade restar acordada no instrumento de cessão. No entanto, se se tratar de dívidas de natureza tributária, a responsabilidade do adquirente do estabelecimento, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, poderá ser direta ou subsidiária, independentemente da devida escrituração:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. [...]

Salienta, entretanto, Fábio Ulhoa que a responsabilidade tributária do adquirente somente restaria caracterizada, em qualquer das hipóteses previstas no art. 133 do CTN, se continuasse explorando atividade econômica idêntica à explorada pelo empresário trespasante. Se alterasse o ramo da atividade, não seria responsável pelas obrigações tributárias em questão nem de forma direta nem de forma subsidiária. Assim, se a atividade exercida for a mesma, executado o empresário por dívidas fiscais do antigo titular do estabelecimento, poderia tentar provar, em sede de embargos à execução, que o trespasante ainda exerce atividade no mesmo ramo em outro local. Obtendo êxito, restaria configurada uma responsabilidade meramente subsidiária. Somente após esgotado o patrimônio do antigo titular do estabelecimento é que o adquirente poderia, com seus bens, ser responsabilizado. Se tal prova não fosse realizada, prosseguir-se-ia com a execução em face do adquirente.²¹³

Tratando-se de créditos trabalhistas, a devida escrituração contábil também não é requisito a ser preenchido para que se impute responsabilidade ao adquirente. A alteração de

²¹² PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo Código Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 106.

²¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 120-121.

titularidade do estabelecimento não afeta os contratos de trabalho²¹⁴. O empregado, assim, poderia demandar em juízo tanto o antigo titular do estabelecimento empresarial como seu adquirente. Fábio Ulhoa²¹⁵ salienta ainda que, perante a Justiça do Trabalho, em nada aproveitará o trespasante eventual cláusula aposta no contrato de alienação do estabelecimento que transfira a integralidade do passivo ao adquirente. Da mesma forma, não poderia o adquirente, caso fosse o demandado, opor ao empregado as condições estabelecidas no contrato, em que se fixasse a exclusão de sua responsabilidade, ou seja, em que se fixasse que o adquirente não se tornaria sucessor das dívidas do empresário trespasante.

Logo, tratando-se de débitos de natureza trabalhista e/ou tributária contraídos antes da operação de trespasse, o adquirente do estabelecimento responderá por tais obrigações independentemente de contabilização. Eventuais condições de exclusão ou assunção completa das dívidas em questão, contratadas entre o alienante e o adquirente do estabelecimento no instrumento de alienação, não produzirão nenhum efeito perante os credores titulares de créditos de natureza trabalhista ou tributária. O que não impossibilita, no entanto, tais contratantes de exercerem eventual direito de regresso.

A regra, prevista no art. 1.146 do Código Civil, que prevê a responsabilidade do adquirente do estabelecimento pelas dívidas do alienante, é uma inovação do diploma civil em vigor. Até então, não se tornava o adquirente sucessor do alienante trespasante. Não podiam, assim, os credores do empresário alienante do estabelecimento empresarial cobrar seus créditos do adquirente do conjunto de bens, ressalvadas, no entanto, as dívidas cuja assunção estivesse expressamente prevista no contrato de alienação, as dívidas trabalhistas e as de natureza tributária, que, por sua vez, já eram regulamentadas pelo Código Tributário Nacional.²¹⁶

Com o advento do Código Civil de 2002, o adquirente passa a responder por todas as obrigações contraídas pelo alienante do estabelecimento e “*relacionadas ao negócio explorado naquele lugar, desde que regularmente contabilizadas*”²¹⁷.

O alienante, por sua vez, responde, nos termos do art. 1.146 do CC/02, solidariamente com o adquirente pelo prazo de um ano, contado da publicação na Imprensa Oficial do contrato de trespasse, por dívidas já vencidas. Mas, se a débito ainda não estiver vencido, o

²¹⁴ Dispõe o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho:

A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

²¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 120.

²¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 118

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 118.

prazo de um ano conta-se da data do vencimento. Após o prazo de um ano, as obrigações persistem somente em face do adquirente do estabelecimento.

Ressalte-se que o alienante do estabelecimento é um empresário individual ou coletivo. Assim, no caso do presente trabalho, sendo o trespasante uma sociedade limitada, a responsabilidade solidária pelo prazo de um ano é da pessoa jurídica, e não dos sócios que a integram. Na hipótese de alienação do estabelecimento empresarial que pertencia à sociedade limitada, seus sócios somente responderiam pessoalmente pela diferença do capital social ainda não integralizado ou pela diferença de eventual sobrevalor dado a bem utilizado para integralização do capital social.

A responsabilidade solidária prevista no art. 1.146 do Código Civil, logo, não seria dos sócios da sociedade limitada que transferiu a titularidade de seu estabelecimento. Somente seriam responsabilizados pessoalmente nos termos do art. 1.052, caput do CC/02, ou seja, se eventualmente o capital social ainda não estivesse integralizado. Nessa situação, sua responsabilidade, que persistiria somente pelo já mencionado prazo de um ano, estaria limitada ao valor do capital ainda não integralizado. Registrem-se, mais uma vez, que a responsabilidade do sócio é restrita ao valor de suas quotas, respondendo solidariamente, no entanto, todos os sócios pela completa integralização do capital. Logo, se o capital estiver completamente realizado, não haveria que se falar em responsabilidade solidária de sócios de uma sociedade limitada trespasante com o adquirente do complexo de bens.

Poderia os sócios responder também com seu patrimônio pessoal nos termos do §1º do art. 1.055 do diploma civil. Ou seja, na hipótese de alienação do estabelecimento seriam responsabilizados pessoalmente pelas dívidas contraídas pela sociedade antes do trespasse, também pelo prazo de um ano previsto no art. 1.146 do CC, somente pela diferença a maior de estimação conferida a bens transferidos para a sociedade com o objetivo de integralizar capital social. Mas, se o trespasse ocorrer após já decorrido o prazo de cinco anos, contados do registro na Junta Comercial do ato constituído da sociedade ou da alteração contratual referente ao aumento de capital, não mais persistiria a responsabilidade dos sócios.

Interpretação contrária feriria o art. 1.142 do CC/02, que estabelece que o estabelecimento é o complexo de bens organizado pelo empresário. Não há como contestar que o titular deste complexo é o empresário e não os membros da sociedade empresária.

Nota-se, da análise das exceções que o próprio Código Civil impõe à limitação de responsabilidade dos sócios de uma sociedade limitada, que, em verdade, trata-se de inúmeras e expressivas hipóteses, que podem até mesmo desvirtuar o objetivo da constituição de uma sociedade limitada, consistente justamente na exploração de atividade econômica com a

limitação da responsabilidade e conseqüente proteção do patrimônio pessoal daqueles que integram o empresário (sociedade limitada).

Verifica-se que o sócio é responsável pela completa integralização do capital social. Assim, ainda que tenha adimplido regularmente sua obrigação de realizar as quotas que subscreve, permanece ainda responsável pela integralização do capital nos valores prometidos pelos demais sócios. O sócio é também responsável pela exata estimação dos bens transferidos à sociedade para integralizar o capital, independentemente de ter sido ele próprio o integralizador ou de se tratar de bem transferido por outro membro. Responderá pela diferença de valor a maior dada ao bem, ainda que tenha, por exemplo, integralizado suas quotas com dinheiro e à vista. Caso ceda suas quotas a outro sócio ou a terceiro, também permanece responsável pelas obrigações que possuía como sócio. Não é possível, logo, afirmar que a responsabilidade do sócio, como prescreve o art. 1052 do Código Civil, “*é restrita ao valor de suas quotas*”.

Por fim, questiona-se se o próprio legislador, ao prever tantas e expressivas exceções, não estaria desconfigurando o próprio instituto da sociedade limitada. A única conclusão que se pode apontar é a de que não existe em nosso ordenamento jurídico, diante de tantas situações apontadas pelo próprio Código Civil, sociedade em que a responsabilidade dos sócios se limite somente ao valor de sua participação nesta. Assim, não seria possível afirmar que o patrimônio pessoal não responde por dívidas sociais. Podem os bens dos sócios, ainda que de forma subsidiária, ou seja, nas hipóteses de insuficiência do patrimônio da sociedade, ser atingidos em decorrência de praticamente todas as espécies de relações jurídicas mantidas pela sociedade.

Poder-se-ia argumentar que os credores não deveriam suportar os prejuízos decorrentes do insucesso da empresa simplesmente pela existência de uma cláusula que limita a responsabilidade do(s) membro(s) da pessoa jurídica. Ocorre que quando desse mencionado insucesso, é importante ressaltar que os sócios de uma sociedade – ou o titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada – também perdem tudo o que investiram, pois a limitação de responsabilidade se restringe aos membros e não à sociedade limitada, que possui responsabilidade ilimitada por todas as obrigações por ela contraídas. Assim, o prejuízo não seria suportado somente pelos credores. Ademais quando estes negociam com sociedades devem, no mínimo, averiguar o seu tipo societário. Para tanto, basta verificar o nome empresarial da sociedade, que sempre indicará a extensão da responsabilidade de seus sócios.

Assim, não haveria justificativa para tantas exceções impostas pelo próprio legislador à limitação da responsabilidade dos sócios de uma sociedade limitada. Exceções estas, por sua vez, que só acabam por estimular os detentores do capital a investir em aplicações financeiras, ao invés de se voltar para a produção. Como ressalta Wilges Ariana Bruscato, a produção envolve “*relações com fornecedores, consumidores, empregados, Poder Público, o que maximiza a complexidade do ato de investir*”²¹⁸, sendo, assim, os lucros menores derivados das aplicações financeiras compensados pela inexistência de custos e problemas. A limitação de responsabilidade é fator capaz de inverter essa lógica, e estimular o investimento na exploração de atividades econômicas voltadas para a produção e/ou circulação de bens e/ou serviços.

²¹⁸ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 193.

7 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS

Como já mencionado, o instituto da pessoa jurídica surgiu como forma de estimular a exploração de atividades econômicas, através da separação do patrimônio da pessoa jurídica e de seus membros. Nas sociedades limitadas, além da separação patrimonial, seus sócios ainda gozam de outra limitação dos riscos. A responsabilidade dos mesmos por dívidas sociais está restrita ao valor de suas quotas, ressalvados, dentre outros, os casos de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Não demorou para que se percebesse que a limitação de prejuízos conferida pela constituição de uma pessoa jurídica poderia ser utilizada para a realização de fins diversos daquelas sociais. Surgiu, assim, a *disregard doctrine* ou teoria da desconconsideração da pessoa jurídica com o intuito de coibir o uso indevido da pessoa jurídica.

A primeira sistematização dogmática da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica foi elaborada pelo professor alemão Rolf Serick²¹⁹, em meados do século XX. Mas, as primeiras referências ao assunto datam de período anterior. Foram encontradas em 1.912, nos estudos do jurista norte-americano Maurice Wormser.

A doutrina²²⁰ informa que o primeiro²²¹ episódio em que foi aplicada a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica foi no caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd*, em 1897, na Inglaterra. Aaron Salomon era um bem sucedido comerciante individual da área de calçados,

²¹⁹ Como salienta João Casillo:

[...] foi um alemão, Rolf Serick, quem de maneira mais completa coligiu um vasto material, sistematizando doutrinariamente o que se denominou de “*durchgriff der juristischen Personen*”. Em sua obra, denominada “*Rechtsform und Realitat juristischer Personen*”, que, na tradução para o espanhol, por Jose Puig Brutau, recebeu o título “*Aparencia y realidad en las Sociedades Mercantiles: El Abuso de Derecho por medio de la Persona Juridica*”, o Professor da Universidade de Heidelberg, analisando a parca doutrina e os inúmeros casos já existentes do Direito anglo-americano e somando a isto a experiência também da doutrina e da jurisprudência, nos dá um estudo completo sobre o tema. (CASILLO, João. Desconconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 29).

²²⁰ RUBENS, Requião. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 803, setembro, 2002, p. 757-758; SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 30.

²²¹ Gustavo Tepedino cita outro precedente de 1892:

[...] os acionistas da *Standard Oil Company*, em 1892, nos Estados Unidos, celebraram um acordo com acionistas de várias companhias petrolíferas e cederam suas ações a nove agentes fiduciários (*trustees*) da *Standard Oil Company* recebendo em contrapartida certificados deste trust. Assim, os nove *trustees* tiveram condições de dominar completamente as companhias e fixar diretrizes da política de petróleo, monopolizando esta atividade econômica. Trata-se da segunda hipótese de desconconsideração, na qual, formalmente, as sociedades possuíam personalidade jurídica, porém, de fato, estavam submetidas a um controle comum. O caso foi solucionado pela Suprema Corte do Texas no sentido de preservar a autonomia das sociedades envolvidas, mantendo as pessoas jurídicas e suas personalidades distintas. Entretanto, conclui-se que o verdadeiro objetivo da celebração do acordo era driblar a lei antitrust (*fraude à lei*), pois que se tratava de um *Trust Agreement*, vedado por lei. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconconsideração da personalidade jurídica. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.30, abril/junho 2007, p. 57).

que após trinta anos, resolveu criar uma *limited company*, figura similar a uma sociedade anônima fechada brasileira. Possuía 20.001 das 20.007 ações. As demais seis ações foram atribuídas a sua esposa e a cinco filhos. Para integralizar o capital social correspondente à maior parte de sua participação acionária (20.000 das 20.001 ações que possuía), o comerciante cedeu seu fundo de comércio à sociedade por um valor muito acima do de mercado. Passou, assim, a ser credor da sociedade pela diferença e instituiu, ainda, uma garantia real em seu favor.

Em um ano, a *limited company* mostrou-se inviável. Quando decretada a falência da sociedade, Aaron Salomon não teve que honrar com as obrigações sociais, devido à prerrogativa legal de limitação de sua responsabilidade. Ademais, pôde executar seu crédito preferencialmente aos demais credores.

Essa estratégia gerou um litígio entre o “comerciante”, enquanto pessoa física e a massa falida de Salomon & Co. Ltd. O liquidante requereu uma indenização de Aaron Salomon, alegando que a companhia continuava sendo sua atividade pessoal, já que os demais sócios eram fictícios. Assim, Salomon teria utilizado a *limited company* somente para limitar a sua responsabilidade e, por isso, deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da sociedade.

A *High Court* inglesa aplicou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, condenando Aaron Salomon a pagar os débitos sociais, sob o argumento de confusão patrimonial entre o patrimônio da sociedade e do acionista majoritário²²². A *Court of Appeal* manteve a decisão, mas sob fundamento diverso:

O privilégio concedido pelo *Companies Act* relativo à limitação de responsabilidade dos acionistas aplica-se apenas àqueles que aportavam capital para iniciar uma empresa, e não a um homem que, na realidade, era o único proprietário do negócio, unindo-se a mais seis testas de ferro para constituir uma sociedade *no seu único e exclusivo interesse*. Concluíram os juízes que a criação da sociedade tinha objetivo ilícito, contrário à lei e, como tal, Aaron Salomon deveria indenizar a sociedade pelos efeitos de sua conduta e a contribuir com seus bens pessoais para a satisfação dos credores, transferindo-os para o ativo da pessoa jurídica.²²³

²²² Como ressaltou Alexandre Couto Silva:

A High Court acreditava ser um estratagema de que Aaron se serviu para ter os lucros de uma atividade econômica sem os riscos e a responsabilidade pelas dívidas. A sociedade seria um representante (agent) de Aaron Salomon e teria direito, como todo representante, a obter do representado a soma necessária à satisfação dos débitos contraídos no interesse do representado. (SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 31)

²²³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

A responsabilização de Aaron Salomon não foi uma sanção pelo fato de ser ele sócio quase único. Decorreu do fato de ter constituído a sociedade com o propósito da limitação de sua responsabilidade e da utilização abusiva da personalidade da pessoa jurídica para alcançar este objetivo.²²⁴

No entanto, a *House of Lords* reformou, unanimemente, a decisão, atendendo ao princípio da separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus membros. Entendeu-se que, apesar das ações estarem concentradas nas mãos de um só sócio, não houve irregularidades na constituição da sociedade. A lei somente impunha como requisitos a participação de sete pessoas e a subscrição de, no mínimo, uma ação por cada uma delas, condições essas que foram preenchidas. A sociedade adquiriu personalidade jurídica própria, tornando-se sujeito de direito diverso dos seus membros. O fato de a sociedade, através de seu liquidante, poder ser voltar contra seu maior sócio só evidenciaria a existência de personalidades jurídicas distintas.

Assim, segundo a *House of Lords*, o “ex-comerciante” não deveria ser responsabilizado nem perante a sociedade e nem perante os credores. E o seu crédito com garantia real ainda poderia ser oposto aos credores quirografários da Salomon & Co.²²⁵

Alexandre Couto Silva ressalta que a reforma operada pela *House of Lords* influenciou de forma negativa o desenvolvimento da *Disregard Doctrine* na Inglaterra, que passou a aplicar de forma rigorosa os princípios da separação de personalidade e de patrimônio da pessoa jurídica e de seus membros.²²⁶

Todavia, há quem diga²²⁷ que o *leading case* da teoria da desconsideração da pessoa jurídica ocorreu nos Estados Unidos, em 1.809. Trata-se do caso do *Bank of United States v. Deveaux*. O juiz Marshall, desconsiderando a personalidade jurídica do banco, levou em consideração características pessoais dos sócios para a fixação de competência das cortes federais, pois a Constituição americana restringe a jurisdição destas cortes aos conflitos que

²²⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

²²⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

²²⁶ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 31.

²²⁷ CASILLO. João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 25.

envolvam cidadãos de diferentes Estados. Ou seja, os acionistas foram considerados partes do processo, tendo sido seus direitos e deveres como cidadãos alcançados. Em verdade, discutiu-se se o Banco deveria ser visto como “cidadão” do Estado em que foi criado. O juiz negou-se a reconhecer o Banco como tal, mas decidiu que para fins de fixação de competência deveria ser analisada a cidadania dos membros da sociedade. Como os sócios do Banco possuíam cidadania estadual diversa da do réu, a questão deveria ser julgada pelas cortes federais.

Para Marlon Tomazette, não se trataria este caso, no entanto, de um *leading case* relativo à desconsideração da personalidade jurídica, mas somente de uma primeira manifestação “*que olhou além da pessoa jurídica e considerou as características individuais dos sócios*”. Isto porque não havia uma discussão sobre responsabilidade e autonomia patrimonial, mas tão somente um debate sobre o conflito de competência entre a Justiça Federal americana e a estadual.²²⁸

No Brasil, a teoria foi introduzida somente em 1.969²²⁹ por Rubens Requião, em uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que foi publicada na RT 410. Sustenta uma teoria subjetivista, em que o requisito para a

²²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.71.

²²⁹ Alexandre Couto Silva, no entanto, indica a existência de decisão judicial sobre a desconsideração da personalidade jurídica, proferida, em 25.02.1960, pelo Juiz Antônio Pereira Pinto da 11ª Vara Cível do Distrito Federal. Eis a ementa:

*DISTRITO FEDERAL. Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal. Abuso de direito por meio de sociedade anônima – Diretor ou acionista que serve da sociedade para burlar lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros – Nestes casos, pode-se, ou não, prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo acionista soberano interessado. Predial Corcovado S.A contra Alziro José D’Ávila Junior e outros e Alziro José D’Ávila Júnior contra Predial Corcovado S.A. e Outros. Juiz Antônio Pereira Pinto. 25/2/60. RF, v. 188, p. 269-82. (SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 134).*

Gustavo Tepedino cita anterior manifestação do Judiciário, proferida em 1955. Trata-se da apelação n. 9.247, que tramitou perante o Tribunal de São Pulo e, que tinha como apelante Saraiva S.A e apelado Hospital do Coração de Jesus S.A. Foram penhorados bens do Hospital para solver dívida particular de seu diretor. Os embargos opostos pelo Hospital foram julgados improcedentes, pelos motivos expostos na decisão do Desembargador Edgar de Moura Bittencourt. De acordo com autor, o Tribunal Paulista, à época, autorizou a desconsideração fundamentada no abuso da personalidade.

Eis o trecho da decisão do mencionado Desembargador:

*Há, no caso, completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o do embargante, o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. Trata-se de bens encontrados no apartamento do executado, que não apresenta justificativa aceitável; (...). Hoje em dia, a atividade comercial gira quase sempre em firmas coletivas. Há pessoas físicas que têm todo o seu patrimônio em diversas firmas. Individualmente nada possuem. Em obrigações assumidas em nome pessoal, estariam os credores em inferioridade patente se se isolassem da garantia das obrigações assumidas, quer os bens quer as atividades do devedor associado a firmas. Como ficção útil da lei a personalidade jurídica coletiva não pode isolar-se da personalidade que a compõe, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais e industriais em nome individual. A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.30, abril/junho 2007, p. 70-71).*

desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica é a fraude (prejuízo a credores ou violação a lei) ou o abuso de direito (uso legítimo da personalidade desvia-se de sua legítima finalidade). Como não existiam normas em nosso ordenamento que regulassem a questão, coube à jurisprudência flexibilizar a aplicação do princípio da separação patrimonial²³⁰. Foi somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1.990, que o instituto foi positivado, mas de forma dissociada de suas raízes. Em 2.002, com o novo Código Civil, o instituto foi novamente positivado.

Quando desvirtuados os propósitos legítimos da pessoa jurídica, nada mais justo do que não prevalecer a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus membros. Neste sentido, vale trazer à colação a definição de Marlon Tomazette:

A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio de função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.²³¹

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica não tem como objetivo anular a personalidade jurídica, apenas não a considera para certos atos praticados com desvio de personalidade. Assim, se a sociedade, por exemplo, é utilizada uma única vez em desconformidade com suas finalidades, a decisão que aplicar a *disregard doctrine* somente valerá para esta situação em concreto. Também não objetiva destruir o princípio da separação da personalidade da pessoa jurídica e de seus componentes, mas tão somente é um reforço do instituto da personalização jurídica. A desconsideração, que como se pode perceber é medida excepcionalíssima, tampouco destrói a pessoa jurídica, que continua a existir. Só é desconsiderada a personalidade no caso concreto, quando há distorções no uso da pessoa jurídica.

Com a desconsideração da personalidade jurídica, suspende-se momentaneamente a eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, retirando-se, assim, a autonomia patrimonial dela, para que os efeitos de suas obrigações possam ser estendidos aos seus membros.

Não há que se falar, no entanto, em desconsideração e em extensão das obrigações aos participantes da pessoa jurídica se estes já forem responsáveis ilimitadamente. Não haveria,

²³⁰ OLIVEIRA, Adriana Tolfo. Breves comentários sobre a desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro *disregard doctrine*. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo: Universitária, v. 14, n. 14, 2000. p. 38.

²³¹ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.67.

nesta hipótese, necessidade de desconsideração da pessoa jurídica, pois o patrimônio pessoal dos sócios já responderia mesmo pelas obrigações sociais.

O mesmo se poderia afirmar em relação à má administração. Os sócios administradores, pelos atos de gestão, não podem ser responsabilizados pessoalmente por prejuízos causados à pessoa jurídica, se estes atos não configuram ilícitos. Os administradores, agindo com boa-fé e o devido cuidado e diligência, não podem ser responsabilizados pelo erro que cometeram na escolha da decisão a tomar. Em contrapartida, os sócios administradores já respondem perante a sociedade por atos culposos ou dolosos que acarretarem prejuízo ou dano à mesma. Também respondem pelos atos que praticarem com excesso de poderes ou com infração da lei ou do ato constitutivo.²³² Assim, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica quando da prática de algum ato ilícito pelo sócio administrador em sua gestão.

Faz-se mister esclarecer, ainda, que não basta o inadimplemento de uma obrigação pela pessoa jurídica para que sua personalidade seja desconsiderada. É necessário que o descumprimento decorra do desvirtuamento de suas finalidades. Assim, se o inadimplemento se der em virtude de crise econômico-financeira da pessoa jurídica, ainda que esta seja decorrente da incapacidade administrativa de seus administradores, não estaria configurada a condição para aplicação da teoria em questão. A crise, por si só, não configura um desvio na utilização da pessoa jurídica.

Nas lições do norte-americano Wormer, citado por Alexandre Couto Silva, a desconsideração da personalidade jurídica deveria ser aplicada quando a pessoa jurídica é utilizada “*como instrumento para escapar da lei e do ideal de justiça*”²³³, servindo para encobrir ou deturpar a verdade.²³⁴

²³² Lei 6.404/1976. Art. 158. *O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:*

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

Lei 10.406/2002. Art. 1.016. *Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.*

²³³ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** São Paulo: LTr, 1999, p. 55.

²³⁴ Assim:

Para ele [Wormser] os tribunais irão aplicar desconsideração da personalidade jurídica quando o conceito de pessoa jurídica tiver a função de defraudar credores, evitar obrigação, tirar vantagem de lei, proteger a desonestidade ou o crime, ou perpetrar o monopólio. Pode-se acrescer a essas possibilidades de desconsideração os casos de mau uso de direito, ou melhor, do abuso de direito, que, para Wormser, é uma das possibilidades de aplicação da teoria da desconsideração. Enfim a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada sempre para a obtenção da justiça. (SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** São Paulo: LTr, 1999, p. 57-58)

A desconsideração da personalidade jurídica além de objetivar que “*os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*” (art. 50 da CC/02), ou seja, de objetivar a responsabilização pessoal dos sócios, ainda pode se apresentar como forma de tutela eficaz aos interesses dos credores, como mecanismo para coibir a fraude e o abuso de direito e como instrumento de proteção da própria sociedade. Ressalte-se, no entanto, que a tutela dos credores deve se dar de maneira a se equilibrar²³⁵ com os interesses dos empreendedores, cujos riscos devem ser restringidos, sob pena de se gerar desestímulo à exploração de atividade econômica produtiva. A repressão à fraude e ao abuso de direito, por sua vez, já é objetivo perseguido pelo ordenamento jurídico em diversos diplomas. Por fim, na medida em que os bens particulares dos sócios são atingidos para satisfazer obrigações contraídas mediante o desvio de finalidade da pessoa jurídica, os interesses da própria sociedade que foi utilizada indevidamente restam salvaguardados. Seu patrimônio próprio poderia ser poupado quando os bens particulares dos sócios fossem atingidos. Mas, em que pesem os diversos objetivos apontados, o presente trabalho se aterá somente à responsabilidade pessoal dos sócios.

7.1 Requisitos para desconsideração da personalidade da pessoa jurídica

Para que se opere a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, é necessário que esteja presente a fraude ou o abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial da sociedade. Ademais, é preciso que a responsabilidade do sócio não²³⁶ seja pessoal e direta, por ato próprio, como se pode observar nos exemplos dados por João Casillo.

²³⁵ Neste sentido são as lições de Fábio Tokars:

[...] um ordenamento jurídico de direito empresarial deve tutelar de forma equilibrada os interesses dos credores e dos empreendedores, cujos riscos devem ser restringidos como forma de incentivo ao empreendedorismo. Ao se ampliar a regra geral de responsabilidade pessoal dos sócios, construindo-se um regime jurídico próximo aos das medievais sociedades em nome coletivo, está-se protegendo aos credores de maneira muito eficiente. Mas este excesso de proteção acarreta, de outro, o desincentivo ao desenvolvimento da atividade empresarial, paralisando a economia, com prejuízos impostos a toda a sociedade. (TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, julho/setembro, 2007, p. 44-45)

²³⁶ Rubens Requião manifesta-se em sentido oposto:

E vemos, então, a nossa legislação, a das sociedades por cotas e das sociedades por ações, excluir dos efeitos da distinção entre a sociedade e os seus membros, os atos ilícitos por eles praticados. Os diretores e conselheiros de uma sociedade anônima, na direção e fiscalização dos negócios sociais, não agem por si, mas como órgãos integrantes da personalidade jurídica de que se reveste a sociedade. Mas como as sociedades não têm condições de responder criminalmente por seus atos, a não ser pela penalidade da dissolução como quando são ilícitos os seus fins (art. 167, do decreto-lei n. 2.627, de 1940), a lei para atos isolados dos componentes de seus órgãos, os vincula pessoalmente, levantando o véu da personalidade jurídica, desconsiderando-a, para tornar os diretores ou conselheiros pessoal e solidariamente responsáveis. É o que dispõe os arts. 121 e 122 da

Quando a lei brasileira, como nos exemplos acima [arts. 134, VIII, e 135, III, do CTN; art. 10 do Decreto nº 3708 e art. 158 da Lei nº 6404] citados, impõe ao sócio, gerente ou administrador a responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz porque uma dessas pessoas agiu de maneira contrária à lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que teve sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulado, mas, sim, o diretor, o gerente ou o sócio que, na atividade ligada à empresa, andou mal. Quando se fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu para encobrir a realidade.²³⁷

Ademais, o instituto só poderá ser aplicado se a fraude ou o abuso de direito for relacionado à autonomia patrimonial de sociedade que tenha por característica a limitação de responsabilidade de seus sócios, caso contrário já responderiam com seu patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica, independentemente da desconsideração da personalidade jurídica.

Como a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade está condicionada à distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade de seus membros, observação semelhante poderia ser feita em relação às sociedades em comum – sociedades de fato e sociedades irregulares. Tais sociedades não possuem personalidade própria, ou seja, são sociedades tidas como despersonalizadas, pois nos termos do art. 45 do Código Civil, o início da personalidade das pessoas jurídicas de direito privado somente se dá com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente.

A doutrina diverge sobre a caracterização de cada uma dessas sociedades. Para alguns, como Lamartine Corrêa²³⁸, não há diferença entre sociedade de fato e sociedade irregular. Para outros²³⁹, as primeiras são aquelas sociedades que não possuem nem mesmo o ato constitutivo, e as últimas seriam as sociedades que possuem esse ato constitutivo, mas que

Lei das Sociedades por Ações. (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 803, setembro, 2002, p. 760).

²³⁷ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 35.

²³⁸ Assim se posicionou:

Entenda-se, desde logo, e de modo claro, que não emprestamos qualquer relevância à distinção terminológica entre sociedades irregulares e sociedades de fato. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 229).

²³⁹ Miguel Maria de Serpa Lopes diferencia a sociedade irregular e a sociedade de fato nos seguintes termos: *Dá-se a sociedade irregular, quando os requisitos do respectivo contrato não se encontram integrados, como no caso de se haver omitido o respectivo registro; dá-se uma sociedade de fato, quando a situação jurídica se caracteriza por se encontrar o contrato inquinado de vício que o nulifica, ou ainda quando a formação da sociedade se processou por acordo verbal, com ausência de qualquer escrito, sendo que, para certos juristas, subdivide-se a classe das sociedades de fato, em sociedades de fato propriamente ditas e sociedades criadas de fato, que designariam todas aquelas situações em que os seus participantes deliberadamente prescindiram de estatutos, contando-se nesse número a sociedade entre concubinos.* (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: fonte das obrigações: contratos. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, v.4, p.571)

não está registrado no órgão competente. Poder-se-ia, ainda, falar em sociedade irregular naquelas hipóteses em que o ato constitutivo está registrado, mas houve alterações substanciais na estrutura da sociedade que não foram alteradas no órgão de registro competente, como, por exemplo, a mudança de objeto social ou a substituição de um dos sócios. É importante ressaltar que essas alterações devem ser de relevância. A simples mudança de endereço de um dos sócios, por exemplo, sem a devida alteração na Junta Comercial, quando se tratar de sociedades empresárias, ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, quando de sociedades simples, não teria o condão de tornar a sociedade irregular.

Esse critério de distinção, no entanto, não traz nenhuma utilidade prática, já que nenhuma delas adquire personalidade e patrimônio próprios – se adotada a doutrina tradicional dos entes despersonalizados²⁴⁰ –, impondo, assim, a seus sócios responsabilidade jurídica ilimitada, como bem ressaltou Eduardo Goulart Pimenta:

Realmente, se adotado tal critério distintivo, a utilidade prática da separação entre sociedades irregulares e de fato cai por terra. Em nada difere a situação jurídica de uma sociedade que dispõe de contrato social escrito mas não registrado daquela que sequer elaborou tal documento, principalmente com relação à sua personificação ou à responsabilidade de seus sócios.²⁴¹

A mesma consideração feita por Pimenta quanto à inutilidade do critério distintivo também pode ser feita em relação à hipótese de sociedade irregular não por falta de registro do ato constitutivo, mas por inexistência de registro de modificações estruturais na sociedade, pois apesar dessa sociedade ter adquirido personalidade jurídica com o registro de seu ato constitutivo, a falta de modificação junto ao órgão competente de registro também importará na responsabilidade ilimitada de seus sócios. No entanto, a responsabilidade ilimitada dos sócios não é igual. Na situação em questão, a responsabilidade é ilimitada e subsidiária, pois com o registro do ato constitutivo houve a separação do patrimônio dos sócios e da sociedade. A sociedade não perderia a sua personalidade jurídica. Por outro lado, nas hipóteses de sociedade de fato e de sociedade irregular que possui ato constitutivo escrito, mas não o registrou, a responsabilidade dos sócios é ilimitada e direta.

²⁴⁰ Os entes despersonalizados possuiriam muitas das características das pessoas jurídicas, e por isso, em alguns casos, receberiam o mesmo tratamento conferido a elas, mas, ao contrário destas, não possuem personalidade jurídica. Eles não preencheriam os requisitos legais necessários à constituição das pessoas jurídicas e, logo, à personificação. Apesar disso, tais entes poderiam participar como sujeitos de direitos e obrigações em algumas relações jurídicas, como, por exemplo, em relações processuais, conforme depreendido do art. 12 do Código de Processo Civil.

Como exemplo desses entes, poder-se-ia citar o espólio, a herança jacente, o condomínio, o consórcio, a massa falida e as sociedades em comum.

²⁴¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Considerações sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais irregulares. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Puc Minas, v. 4, n. 7 e 8, p. 50-60, 1º e 2º sem. 2001, p. 55.

Para Fábio Ulhoa²⁴², a distinção só ganha relevância quando do ajuizamento de ação entre os sócios para declarar a existência da sociedade. Como o art. 987 CC/2002 impõe como requisito para o ajuizamento da ação a comprovação, por escrito, da existência da sociedade, somente os sócios das sociedades irregulares poderiam, então, se valer da ação.

O Código Civil, no entanto, trata ambas como sociedades em comum, sendo este também o posicionamento exposto pela I Jornada de Direito Civil, no enunciado 58, que prevê que “*a sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular*”.

De qualquer forma, mesmo diante de eventuais divergências em relação à distinção ou não entre sociedade de fato e sociedade irregular²⁴³, não há que se falar em desconsideração de personalidade jurídica destas sociedades, seja porque a responsabilidade de seus sócios é ilimitada, ainda que se trate de membro de sociedade cuja característica é justamente a limitação da responsabilidade de seus membros; seja porque não haveria nem mesmo aquisição da personalidade jurídica, com a consequente separação patrimonial entre os sócios e a sociedade.

Por fim, se inexistir a fraude ou o abuso de direito, não haveria que se falar em desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. O patrimônio pessoal dos sócios de uma sociedade limitada somente poderia, através da desconsideração da personalidade jurídica, ser alcançado para satisfação de dívidas sociais se presente um dos mencionados requisitos. Interpretação em sentido contrário poderia acarretar a maximização dos custos de transação²⁴⁴, quando, em verdade, a eficiência do Direito está em minimizar os custos das relações jurídicas contratuais necessárias à reunião e organização dos fatores de produção.

A redução dos custos de transação está intimamente relacionada à redução das incertezas. A partir do momento em que legislador e julgador dissociam a aplicação da teoria

²⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 17. ed. rev. e atual. de acordo com a nova lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 124-125.

²⁴³ Diante da falta de utilidade prática na distinção entre sociedades de fato e sociedades irregulares, alardeada pela doutrina, poder-se-ia afirmar que as sociedades não submetidas a registro no órgão competente são as denominadas sociedades de fato ou em comum, como prevê o Código Civil. As sociedades irregulares não existiriam. Irregulares seriam eventuais atos praticados, e por eles os sócios responderiam de forma ilimitada, ou seja, com seu patrimônio pessoal.

²⁴⁴ [...] *custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual*. (PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006, p. 61).

Custos de transação: Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 75)

da *disregard doctrine* de seus requisitos essenciais, os sócios, sobretudo os de sociedades que possuem como característica a limitação de responsabilidade de seus membros, se vem desestimulados para a exploração de atividades econômicas voltadas para a produção ou circulação de bens ou serviços. A incerteza quanto a uma eventual responsabilização pessoal em decorrência da indevida aplicação da teoria em questão, por inexistir os requisitos que justificariam sua utilização, só serviria para tornar o mercado menos eficiente.

A interpretação do criador e do aplicador da norma merece tamanha atenção, uma vez que o tema da empresa, como ressalta Cavalli²⁴⁵, não está afeto somente ao Direito Empresarial, perpassando diversos outros ramos da ciência jurídica. A empresa assume importância socioeconômica, requisitando análise apurada do legislador e do magistrado quanto aos efeitos de uma desconsideração de personalidade jurídica dissociada da presença dos requisitos que fundamentam a teoria.

7.1.1 A fraude relacionada à autonomia patrimonial

A fraude ocorre quando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é utilizada para fugir ao cumprimento de obrigações e deveres legais, ou seja, configura-se com a distorção intencional da verdade com o fim de prejudicar terceiros. Marlon Tomazette esclarece que, em princípio, a prática do ato é lícita, somente tornando-se ilícita em decorrência “*do desvio na utilização da pessoa jurídica, dos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial*”²⁴⁶.

Ressalte-se, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de proteção dos credores, ou seja, só pode ser utilizado pelos mesmos. Não podem ser valer da desconsideração nem a própria sociedade e nem seus membros.

Fábio Ulhoa Coelho apresenta o seguinte exemplo:

Se uma pessoa física se vincula contratualmente a outra, por obrigação de não-fazer e, na qualidade de representante legal da sociedade empresária, faz exatamente aquilo que se havia comprometido omitir, no rigor do princípio da autonomia da pessoa jurídica, não teria havido quebra do contrato. Quem fez foi a sociedade, e não a pessoa física que agiu em nome dela.²⁴⁷

²⁴⁵ CAVALLI, Cássio Machado. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 85.

²⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1, p. 244.

²⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126.

Alexandre Couto Silva²⁴⁸ cita caso similar ao exemplo dado por Fábio Ulhoa. Trata-se de caso do estado da Virgínia, nos Estados Unidos: *People's Pleasure Park Co. v. Rohleder*. Neste, uma grande porção de terra foi dividida em vários lotes, sendo que em cada escritura, e conseqüentes registros imobiliários, havia restrição que não permitia que a titularidade dos bens passasse a pessoas de descendência africana ou pessoas “de cor”. Apesar dessa limitação contratual e tendo conhecimento da mesma, uma companhia composta exclusivamente por negros adquiriu os lotes. O objetivo era instalar nestes um parque de diversões destinado ao público negro.

Um proprietário de um dos lotes, objetivando o cancelamento do registro imobiliário da aquisição dos lotes pela companhia mencionada, levou o caso à corte de *equity*. A corte americana decidiu que a companhia era uma pessoa distinta de seus membros. Assim, ainda que todos os sócios fossem negros, a proibição não havia sido violada. Apesar de a corte ter decidido no sentido da existência distinta da sociedade e de seus acionistas, trata-se de exemplo de fraude relacionada à autonomia da pessoa jurídica, pois a companhia foi utilizada como instrumento para burlar uma restrição contratual.

No entanto, não basta a existência da fraude, é preciso que ela esteja relacionada com a utilização da pessoa jurídica e, conseqüentemente, com sua autonomia patrimonial. A pessoa jurídica que, por exemplo, emite um cheque sem provisão de fundos não terá sua personalidade desconsiderada se tal fraude não tiver qualquer vinculação com a utilização da autonomia patrimonial.²⁴⁹

Assim, a fraude se dá quando há a utilização da pessoa jurídica com a finalidade de burlar a lei ou fugir de sua incidência, bem como para o descumprimento de obrigações, causando danos a terceiros.

7.1.2 O abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica pode dar-se também devido ao abuso de direito. A teoria do abuso de direito está baseada no repúdio ao mau exercício de um

²⁴⁸ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 52-53.

²⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1, p. 245-246.

direito²⁵⁰. No abuso de direito, ao contrário da fraude, não há, necessariamente, a intenção de prejudicar terceiro. Ele surge do uso inadequado do direito.

A teoria²⁵¹ é fruto da jurisprudência e doutrina francesas do final do Século XIX, que objetivavam estabelecer subsídios para a repressão aos atos abusivos. No desenvolvimento dessa teoria, dois casos apreciados pelas Cortes francesas foram de grande expressão: o da falsa chaminé e o de Clément-Bayard v. Coquerel.

O primeiro deles diz respeito a caso levado à apreciação da Corte de Apelação de Colmar, em 1.855. Um indivíduo, dentro dos limites de sua propriedade, ergueu uma enorme e falsa chaminé, que não lhe trazia nenhum benefício. Sua única finalidade era prejudicar o vizinho ao impedir seu acesso à luz e ao vento. O vizinho, inconformado, ajuizou ação pleiteando a demolição da chaminé e indenização pelos danos sofridos. O proprietário, construtor da chaminé, defendeu-se alegando que seu direito de propriedade lhe conferia a prerrogativa de gozar de sua coisa – seu terreno – da maneira mais absoluta. Sua tese, no entanto, não saiu vitoriosa. A Corte ordenou a demolição da chaminé e o pagamento de indenização pelos danos causados ao vizinho.

O segundo caso, por sua vez, refere-se à ação movida, em 1.912, por Clément-Bayard contra seu vizinho Coquerel. Este havia erigido, sem nenhuma justificativa, lanças de dezesseis metros de altura em seu terreno, com o objetivo de impedir que o vizinho fizesse uso de dirigíveis e, assim, forçá-lo a vender suas terras. Mais uma vez, a decisão foi desfavorável ao proprietário-réu, que foi condenado a retirar as hastes e indenizar o vizinho pelos danos causados aos dirigíveis. Nessa decisão, houve expressa referência ao abuso de direito de propriedade.²⁵²

A partir do impulso jurisprudencial, os juristas franceses também se manifestaram, surgindo, assim, inúmeras obras doutrinárias específicas sobre o abuso de direito. Em uma primeira fase, o abuso de direito era visto como uma forma de adequação aos interesses sociais da França Pós-Revolução. Assim, de acordo com Heloísa Carpena:

²⁵⁰ TEDESCO, Alex Moisés. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 19, set./out., 2002, p. 155-160.

²⁵¹ Como ressalta Eduardo Jordão, não se pode confundir “noção” e “teoria”. A primeira é a percepção de uma realidade fática. Por outro lado, a segunda é produto do trabalho e da sistematização científicos. A noção de abuso de direito remontaria o Direito Romano, que não fez uso de terminologia própria para identificá-lo como instituto jurídico e nem formulou um conceito científico. A teoria, por sua vez, tem sua origem atribuída à jurisprudência e à doutrina francesa, como se verá. (JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodivm, 2006. Coleção temas de direito civil em homenagem a Teixeira de Freitas. p. 56)

²⁵² JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodivm, 2006. Coleção temas de direito civil em homenagem a Teixeira de Freitas. p. 57.

[...] há autores que entenderam o abuso de direito apenas como princípio geral de interpretação das normas jurídicas, ou seja, como instrumento a permitir a adaptação do direito positivo à realidade social. Embora, não tenha solucionado o problema da identificação do ato abusivo, tornando ainda mais imprecisos seus contornos, esta teoria contribuiu para a formulação do conceito, introduzindo a idéia de que as normas que atribuem direitos devem ser interpretadas de acordo com sua letra, mas também de acordo com seu espírito, isto é, segundo um conteúdo valorativo.²⁵³

Diversas outras teorias – que não serão aqui tratadas para que não se perca o foco no objeto de estudo – surgiram até que a concepção do ato abusivo chegasse aos seus contornos atuais, constituindo-se naquele em que o indivíduo excede os limites do exercício do direito, ou seja, ato abusivo é aquele praticado em desconformidade com o sentido teleológico em que se baseia o direito. Como ressalta Heloísa Carpena, “*o fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza*”.²⁵⁴ O abuso de direito, logo, pode ser entendido como o fato de se exercer um poder, uma faculdade, uma liberdade, um direito, enfim, uma prerrogativa ou situação jurídica, além dos limites que, razoavelmente, o direito e a sociedade aceitam.

Quando ocorre o abuso de direito, o ato praticado é, em princípio, lícito, mas ele se afasta de sua finalidade, gerando um mal estar social. Ou seja, a prática do ato se deu conforme os limites formais ou materiais do direito subjetivo, mas não observou o direito em seu todo, atentando, assim, contra o equilíbrio da própria relação jurídica.

Como ressalta Sergio Cavalieri Filho, o fundamento do abuso de direito é impedir que o titular de um direito o utilize com finalidade distinta da que se destina, usando o direito como forma de opressão.²⁵⁵

A utilização da pessoa jurídica é um direito. Mas como todo e qualquer direito, seu exercício somente será regular se observados seus fins econômicos e sociais, bem como as limitações impostas pela boa-fé e pelos bons costumes, sob pena de se configurar, nos termos do art. 187 do Código Civil, um ato ilícito. A teoria do abuso de direito resulta justamente da necessidade de relativização dos direitos, ou seja, da superação de concepções individualistas dos direitos subjetivos.

Exemplo seria o de uma sociedade de transporte de passageiros, em que um de seus veículos se envolve em um acidente fatal para alguns deles. Antes que as ações de

²⁵³ CARPENNA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 378.

²⁵⁴ CARPENNA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

²⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143.

indenização chegassem ao fim, os sócios constituem uma nova sociedade, transferindo-lhe todo o seu patrimônio e sua carteira de clientes. Em seguida, procedeu à dissolução irregular da sociedade originária.

Neste caso ilustrativo, em princípio não haveria nenhuma ilicitude na constituição da nova sociedade. Mas quando essa criação tem como objetivo desviar a função de uma sociedade – que é simplesmente a reunião de recursos e esforços para a exploração de uma atividade econômica –, representaria claramente o mau uso do instituto.

Se presente o requisito do abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial da pessoa jurídica, nada mais justo que a personalidade jurídica da sociedade limitada seja desconsiderada e o patrimônio pessoal dos sócios atingido para pagamento das obrigações sociais. O problema surge quando a personalidade da sociedade é afastada e não há um ato ilícito – o abuso de direito. Infelizmente, é comum, como se verá a seguir, a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica diante de um mero inadimplemento.

7.1.3 Confusão Patrimonial

Para a teoria subjetiva, defendida por Rubens Requião, os requisitos para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica são, como já mencionado, a fraude ou o abuso de direito – ou seja, a utilização da pessoa jurídica de forma fraudulenta ou distanciada dos seus fins econômicos e sociais. Em contrapartida, há outro critério – o da confusão patrimonial – que também é utilizado para fundamentar a relativização da separação patrimonial entre a sociedade e seus membros.

A confusão patrimonial é o critério sustentado pela teoria objetiva. Nos termos dessa construção não seria necessário verificar se o sócio ou o administrador manipularam fraudulentamente ou em abuso de direito a pessoa jurídica. Bastaria que se comprovasse confusão entre o patrimônio da sociedade e de seus membros.

Para Fábio Konder Comparato, que sustentou a teoria objetiva em “*O poder de controle na sociedade anônima*”, a desconsideração da personalidade jurídica se dá em função do poder de controle societário. Tal controle se sobreporia à “*consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes*”, justificando a desconsideração da personalidade.²⁵⁶ O abuso de direito e a fraude à lei não seriam suficientes para fundamentar por completo a aplicação do instituto:

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 273.

[...] deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude, como por exemplo na interpretação ampliativa, feita pela jurisprudência brasileira, da norma constante do art. 8º, alínea e, do Decreto n. 24.150, de 1934, de modo a permitir a retomada do imóvel, na locação de prédio de fundo de comércio, pela sociedade cujo controlador é o proprietário do prédio. [...] No caso do direito de retomada, a jurisprudência alargou, manifestadamente, o alcance da norma legal, ao fixar, segundo a Súmula n. 486, do Supremo Tribunal Federal, que se admite “a retomada para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”. Portanto, “uso próprio do locador”, de acordo com essa interpretação pretoriana, corresponde à utilização por sociedade de que o locador ou seu cônjuge sejam controladores.²⁵⁷

A constituição de uma sociedade, com a conseqüente separação patrimonial, estaria fundamentada nos pressupostos formais previstos em lei ou no pressuposto substancial, que consistiria na “*permanência do objeto e do objetivo social, como escopo inconfundível com o interesse ou a atividade individual dos sócios*”²⁵⁸. A falta de qualquer destes pressupostos seria capaz de tornar ineficaz a separação patrimonial, estabelecida quando da constituição da sociedade.

Logo, o critério para a desconsideração da personalidade jurídica seria a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada, pois a pessoa jurídica não seria nada mais que “*uma técnica de separação patrimonial*”. Assim, se o próprio controlador inobservar tal separação, não haveria motivo para que os juízes a observassem.²⁵⁹

Fábio Ulhoa Coelho, embora reconheça que Comparato foi feliz em suas críticas à concepção subjetivista da teoria da desconsideração, ressalta que o comercialista não conseguiu alcançar uma formulação satisfatória para a teoria em questão e para os entraves que ele mesmo criou. A ausência de pressuposto formal, ao contrário do que afirmou Comparato, não seria condição para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. A falta de tal pressuposto ensejaria, na verdade, a inexistência ou a irregularidade da pessoa jurídica e não a desconsideração de sua personalidade. Ainda que as conseqüências práticas fossem as mesmas, qual seja, a responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais, Ulhoa afirma que tal identidade não implicaria “*na eliminação de diferenças teóricas a serem contempladas, para melhor explicação daquelas conseqüências*”²⁶⁰.

²⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 274.

²⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 275.

²⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 333.

²⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 42.

Ademais, Comparato não teria resolvido a questão da desconsideração em benefício do sócio controlador ou da sociedade. Para Ulhoa, o autor foi feliz em sua crítica à concepção subjetivista da teoria, ao defender que a adoção dos critérios da fraude e do abuso de direito impossibilitaria a aplicação da desconsideração em favor dos sócios da sociedade ou dela própria. No entanto, os exemplos de pressupostos substanciais dados por Comparato – e que também ensejariam a desconsideração da personalidade – não seriam inteiramente adequados à hipótese suscitada por ele mesmo.²⁶¹

O exemplo da retomada de imóvel, locado para uso de sociedade controlada pelo locador ou por seu cônjuge, não representaria, a rigor, confusão entre o objeto da sociedade e a atividade do sócio controlador. Tratar-se-ia de confusão entre os interesses do sócio controlador ou seu cônjuge e os interesses da própria sociedade.²⁶²

Tepedino ressalta também que a teoria objetiva não prevaleceu na doutrina e na jurisprudência brasileira, destacando, no entanto, que não é raro a adoção conjunta de ambas as teorias²⁶³. O Código Civil, em seu art. 50, teria acabado por ampliar as hipóteses de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para as situações em que se configurasse confusão patrimonial.

O diploma civil, ao estabelecer que a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de personalidade ou pela confusão patrimonial”, não alterou, no entanto, o instituto, que continua tendo como fundamento o abuso da personalidade jurídica. Ou seja, o requisito para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que, por sua vez, será caracterizado pelo desvio de finalidade – e aqui, pode-se inserir tanto a fraude como o abuso de direito - ou pela confusão patrimonial. Assim, a confusão só seria mais um meio de demonstração do abuso de personalidade.

Neste mesmo sentido ressalta Márcio Souza Guimarães que o cerne do instituto é o abuso de personalidade, “*restando clarificado que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são exemplificativos, pois o fato de um pai utilizar todos os bens de seu filho e este último também agir da mesma forma em relação ao genitor haverá notável confusão patrimonial, mas não fraude, salvo se tiver por fim a escusa da responsabilidade*

²⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 43.

²⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 43.

²⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.30, abril/junho 2007, p. 59-50.

patrimonial.”²⁶⁴. A confusão patrimonial só poderia ensejar a aplicação do instituto em questão se também estivesse configurada a fraude, ou seja, se a confusão fosse o instrumento para se implementar a fraude ou o abuso de direito, estes sim requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.

7.2 A desconsideração no Código Civil de 2.002

O Anteprojeto do Novo Código Civil, em sua redação original, normatizava de forma genérica a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Tratava-se de uma inovação, pois o Código Civil de 1.916 não trazia nenhuma norma específica sobre a questão. Assim previa o dispositivo do Anteprojeto elaborado pela comissão presidida pelo Prof^o Miguel Reale.

A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.²⁶⁵

Esta proposta foi alvo de várias críticas, principalmente por vincular a desconsideração da pessoa jurídica à sua dissolução. Essas críticas foram acolhidas, em parte, pelo Prof^o Miguel Reale, que modificou o dispositivo, mas não solucionou os problemas apontados, ou seja, a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica permaneceu sem a tradução devida. O *caput* do dispositivo passou a estatuir que a dissolução somente configuraria uma sanção alternativa, aplicada em apenas algumas circunstâncias. A sanção normal seria a exclusão do sócio responsável. Modificações também foram introduzidas no tocante à legitimidade para requerer a adoção da medida punitiva. Fora deslocada para os sócios, mas permanecendo a possibilidade do pedido ser feito pelo Ministério Público.

Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da sociedade.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou

²⁶⁴ GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da EMRJ**. Rio de Janeiro: EMRJ, v.7, n. 25, 2004, p. 235-236.

²⁶⁵ Redação retirada de OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 556.

representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.²⁶⁶

Com essas modificações, o texto foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1.975. Entretanto, continuou a ser alvo de críticas. A primeira delas relacionava-se ao fato de se ter conferido legitimidade ao Ministério Público e aos sócios, quando, na verdade, os legitimados deveriam ser os credores ou terceiros prejudicados. Outro ponto alvo de críticas era a não adoção da teoria da desconsideração em sua pureza, ou seja, a pessoa jurídica não deveria ser dissolvida nem o sócio deveria ser excluído, mas tão somente ter, no caso concreto, afastada sua autonomia patrimonial.²⁶⁷

Fábio Konder Comparato criticou a solução dada pelo projeto à luz de sua orientação objetivista. Defendeu que o verdadeiro pressuposto da desconsideração da pessoa jurídica deveria ser a confusão patrimonial e não o abuso de direito ou a fraude, pois estes requisitos não abarcariam inúmeras situações. Ademais, a confusão patrimonial não representaria propriamente um desvio dos fins estabelecidos no ato constitutivo, critério previsto no dispositivo para a desconsideração. Os patrimônios da sociedade e do sócio poderiam se confundir no estrito desempenho do objeto social. Não seria preciso para que se configurasse a confusão patrimonial a prática de atos não previsto no objeto social ou, ainda, a prática de atos ilícitos ou abusivos.²⁶⁸

Criticou ainda o fato de o parágrafo único ter limitado a extensão da responsabilidade somente aos administradores ou representantes, isentando de responsabilização o sócio controlador que não administrava ou representava a pessoa jurídica.²⁶⁹

Apesar de todas as críticas o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados.

No Senado Federal, considerando-se a sugestão encaminhada pelo acadêmico Marcelo Gazzí Taddei que, por sua vez, foi orientado pelo Prof. Luiz Antônio Soares Hentz²⁷⁰, o Relator Josaphat Marinho apresentou a seguinte proposta de redação ao art. 50 do Projeto:

²⁶⁶ Redação retirada de SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 87.

²⁶⁷ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 557.

²⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 339.

²⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 340.

²⁷⁰ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 89.

Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Esse foi o texto que acabou sendo aprovado. Discute-se, como já mencionado, se o Código Civil de 2002 adotou ou não a teoria objetivista de Fábio Konder Comparato.

Apesar de alguns doutrinadores²⁷¹ apontarem a falta da indicação da fraude em seu sentido amplo, como se deu no Direito norte-americano, como pressuposto para a desconsideração da pessoa jurídica, entende-se que tanto a fraude como o abuso de direito estão inseridos implicitamente no art. 50, quando o mesmo faz menção ao *abuso da personalidade jurídica* e ao *desvio de finalidade*. Assim, ao contrário do que possa parecer, o código não acolhe, em sua plenitude, a teoria objetivista, pois o requisito para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica. Este, por sua vez, é que será caracterizado pelo desvio de finalidade – e aqui, pode-se inserir tanto a fraude como o abuso de direito - ou pela confusão patrimonial, que é só mais um meio de demonstração do abuso de personalidade.

No entanto, tem-se que ter cautela em relação à confusão patrimonial. Não é em toda confusão patrimonial que se pode vislumbrar abuso de personalidade jurídica. Assim, não seria o mais prudente fazer uso de um critério objetivo, que não exige a prova da má-fé do agente em se ocultar sob o manto da pessoa jurídica para fugir de suas obrigações. Como salienta Marlon Tomazette, em nossa realidade econômica é ainda muito comum a utilização de bens particulares dos sócios em sociedades, que podem ser preexistentes ou adquiridos pelo esforço exclusivo de um dos sócios. Neste caso, a sociedade continua sendo utilizada legitimamente, sem qualquer abuso da personalidade jurídica²⁷².

Assim, o que realmente deve ser levado em conta na desconsideração da personalidade de uma pessoa jurídica é o abuso no uso da personalidade jurídica.

²⁷¹ Cite-se Alexandre Couto Silva:

Verifica-se que o novo dispositivo busca solucionar os problemas anteriormente relatados, diferenciando, ainda, a despersonalização e desconsideração, mas restringe a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração às hipóteses de abuso e de confusão patrimonial, sem acrescentar a fraude no seu sentido mais amplo, como adotado no Direito norte-americano, e claro a busca do ideal de justiça. (SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 90).

²⁷² TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 92.

7.3 Desconsideração no âmbito consumerista

A primeira tentativa de positivação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica ocorreu através do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Objetivou-se, através da desconsideração da personalidade do fornecedor, conferir ao consumidor instrumento capaz de salvaguardar a integral reparação de danos materiais e morais. Todavia, da forma como foi consagrado legislativamente o instituto, houve um desvirtuamento da teoria, pois o diploma consumerista prevê entre as hipóteses de desconsideração situações para as quais o ordenamento jurídico já estabelece soluções próprias. Ademais, estendeu para além dos limites da teoria da desconsideração, as hipóteses de sua aplicação.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado)

§2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§5º Também poderá ser considerada a pessoa jurídica que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

É em decorrência de o art. 28 ter ser afastado das bases teóricas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que ressalvas interpretativas precisam ser feitas, sob pena de fragilização do instituto da pessoa jurídica e quiçá de sua própria negação. Uma interpretação literal do dispositivo em questão, como ressalta Alexandre Ferreira de Assumpção²⁷³, comprometeria todo o esforço doutrinário, jurisprudencial e legislativo no sentido da concretização da autonomia da pessoa jurídica em relação a seus membros e da garantia da possibilidade de se definir previamente os riscos decorrentes da exploração de atividade econômica através da pessoa jurídica.

Em relação ao *caput*, tem-se que somente a primeira hipótese, ou seja, a do abuso de direito poderia, realmente, ensejar a desconsideração. As demais hipóteses da primeira parte do dispositivo, na verdade, não configuram requisitos da *disregard doctrine*. Além disso,

²⁷³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto ou contrato social são situações em que o ordenamento já imputou responsabilidade pessoal aos sócios ou administradores, não sendo preciso a utilização da desconsideração.

Ao se imputar responsabilidade pessoal ao administrador que age com excesso de poderes, objetiva-se tutelar a própria pessoa jurídica e, indiretamente, seus membros. Na desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário, o objetivo é salvaguardar os direitos dos credores da sociedade da qual se fez mau uso.

No que se refere à infração de lei, alerta-se para o fato de se tratar de expressão demasiadamente abrangente. Como todas as hipóteses ensejadoras da desconsideração da personalidade são exceções ao dogma da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, o afastamento da personalidade jurídica quando de infração (genérica) à lei acabaria por acarretar a utilização do instituto para situações em que já há norma prevendo sanções diferenciadas. Assim, o instituto em questão somente poderia ser utilizado quando estivesse presente alguma das hipóteses de infração à lei determinantes do afastamento da personalidade, ou seja, nas hipóteses de infração à lei especificamente situadas no contexto da *disregard doctrine*. Interpretação em sentido contrário acarretaria uma utilização corriqueira da desconsideração pelo juiz, que recomendaria fosse o “*seu nomen juris alterado para “desconsideração da pessoa jurídica”, com o fito de eliminar por completo a forma da pessoa jurídica sempre que uma norma fosse violada em prejuízo do consumidor*”.²⁷⁴

A mesma interpretação deve ser destinada aos termos “fatos ou atos jurídicos”, sob pena de se abarcar situações cuja solução legal é diversa. Ademais, acontecimentos naturais²⁷⁵, ou seja, independentes da vontade humana, ainda que causem repercussão na esfera jurídica, não darão ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, seja pela ausência do elemento subjetivo, seja pela ausência de instrumento jurídico que fundamente a responsabilização do indivíduo por fatos que estejam fora de sua atuação.²⁷⁶

²⁷⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38.

²⁷⁵ Os fatos jurídicos, dependendo ou não da atuação do homem, podem ser classificados como naturais ou humanos. Eis as lições de César Fiuza:

Voltando aos fatos jurídicos, podem ser eles naturais ou humanos. Aqueles não dependem da atuação do homem, mas trazem repercussão na esfera jurídica, como o nascimento e a morte. Já os fatos jurídicos humanos nascem da atuação humana como, por exemplo, um contrato, o casamento, uma batida de carros etc. (FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 200).

²⁷⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-39.

Em relação aos atos praticados em violação ao estatuto ou contrato social, o legislador, como ressalta Alexandre Assumpção, tratou de situações em que o administrador, sócio ou não, pratica ato ilícito ou ato *ultra vires*. Nestes casos, no entanto, o consumidor possui outros mecanismos previstos em lei de tutela dos seus interesses.²⁷⁷

Por fim, a última parte do *caput*, ainda, traz mais um desvirtuamento da teoria. Ao dispor que também são causas de desconsideração da pessoa jurídica a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica quando forem provocados pela má administração, estaria o dispositivo impondo aos sócios sanção pelo insucesso da pessoa jurídica causado pela tal má administração. Mas o que seria a má administração? Ora, se o administrador toma uma atitude arriscada que traz prejuízos para a pessoa jurídica, essa atitude pode ser considerada má administração. Mas se a mesma atitude gera grandes lucros, o administrador é considerado um sujeito empreendedor e arrojado e não um mau administrador.

Além disso, o princípio da autonomia patrimonial entre pessoa jurídica e seus membros foi criado justamente para proteger esses membros de eventuais problemas e até mesmo de uma possível má administração. Caso contrário, não haveria incentivo algum para que se investisse em atividades econômicas, que são de interesse do Estado e da coletividade. Não se pode confundir má administração com má fé²⁷⁸.

Outra questão que merece destaque diz respeito à repercussão da responsabilização em relação aos fornecedores. De acordo com a técnica de imputação de deveres no Código de Defesa do Consumidor, se o dispositivo fizer menção simplesmente à expressão “fornecedor”, a responsabilidade se estende a todos os fornecedores da cadeia, ainda que não possuam uma relação direta com o consumidor. Mas, em contrapartida, se o legislador, de forma expressa, se utiliza de outras expressões – como fabricante, construtor, produtor, importador, comerciante, representante autônomo etc. – a responsabilidade será imputada somente ao fornecedor de produto ou serviço nominado no dispositivo.

Ainda que o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor só faça menção aos termos “sociedade(s)” e “pessoa jurídica”, Cláudia Lima Marques ressalta que nas hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, ou seja, nas hipóteses de incidência do mencionado artigo 28, a responsabilidade deve ser imputada a todos os fornecedores da cadeia, contratantes

²⁷⁷ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39.

²⁷⁸ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 157.

direito ou não, mencionando o dispositivo “*especialmente as sociedades pertencentes a grupos societários e as sociedades controladas (art. 28, §2º), as sociedades consorciadas (art. 28, §3º) e uma exceção para as sociedade coligadas, que respondem por culpa (art. 24, §4º)*”²⁷⁹.

Nota-se, no entanto, que a própria autora, no que diz respeito aos parágrafos do dispositivo em questão, faz alusão à menção nominal das “sociedades pertencentes a grupos societários”, das “sociedades controladas”, das “sociedades consorciadas” e das “sociedades coligadas”. Assim, em relação aos parágrafos, a desconsideração da personalidade jurídica somente poderia abarcar os fornecedores nominalmente indicados, sob pena de inobservância da própria técnica de imputação de deveres no Código de Defesa do Consumidor.

Os §2º, §3º e §4º do dispositivo em tela estabelecem a responsabilidade de sociedades que mantêm alguma relação entre si. Os grupos societários²⁸⁰ e as sociedades controladas²⁸¹ possuem responsabilidade subsidiária. Assim, somente se a sociedade causadora do dano não puder ressarcir-lo é que o consumidor poderá cobrar das demais. Já em relação às sociedades consorciadas²⁸², o consumidor pode escolher qual dentre as sociedades integrantes do consórcio irá arcar com os danos. Não há, assim, benefício de ordem. Ressalte-se que se trata de dispositivo que traz regulamentação diametralmente diversa do tratamento conferido às sociedades consorciadas pela Lei das sociedades por ações – Lei 6.404/1973. Nos termos de seu art. 278, §1º, as sociedades que integram o consórcio só respondem pelas suas próprias obrigações, “*sem presunção de solidariedade*”. De qualquer forma, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica de consórcio, que é ente despersonalizado, ou seja,

²⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 447.

²⁸⁰ Lei 6.404/1976. Art. 265. *A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.*

²⁸¹ Lei 6.404/1976. Art. 243. § 2º *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*

Lei 10.406/2002. Art. 1.098. *É controlada:*

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

²⁸² Lei 6.404/1976. Art. 278. *As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.*

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

sem personalidade jurídica própria. Esta é requisito indispensável à aplicação da *disregard doctrine*.

E por fim, em relação às sociedades coligadas²⁸³, o legislador impôs como requisito para a responsabilização das demais sociedades a culpa. É claro que a coligada que agiu perante o consumidor é sempre responsável pelos danos que causou. Mas, a responsabilidade só será estendida às demais coligadas se tiverem agido com culpa. Caso, no entanto, tenham as coligadas agido com culpa, responderão de forma solidária, nos termos do parágrafo único do artigo 7º e § 1º do artigo 25, todos do Código de Defesa do Consumidor. Todas essas hipóteses, entretanto, não são, na verdade, de desconsideração da pessoa jurídica. São hipóteses de extensão de responsabilidade àquelas sociedades que mantêm relação com a sociedade que causou algum prejuízo ao consumidor.

No tocante ao §5º, que estabelece que a desconsideração poderá ocorrer sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de danos causados ao consumidor, tem-se a adoção no âmbito do direito do consumidor do que se denomina teoria menor²⁸⁴ da desconsideração da personalidade jurídica. Bastaria a prova da inexistência ou insuficiência dos bens da sociedade e da solvência de qualquer um dos sócios para que a personalidade fosse desconsiderada, respondendo os bens pessoais deste sócio pelo ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, ainda que não tenha havido fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial.

Ocorre que, como ressalta Márcio Souza Guimarães, a aplicação da *disregard doctrine* não pode se resumir a critérios tão superficiais, ou seja, não pode ser utilizada quando da mera insuficiência de bens no patrimônio da sociedade para satisfazer credores, “*sob pena de abalo da segurança jurídica necessária ao bom convívio social*”.²⁸⁵

²⁸³ Lei 6.404/1976. Art. 243. § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

Lei 10.406/2002. Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

²⁸⁴ A teoria maior, em contrapartida, fundamenta-se na fraude ou no abuso de direito perpetrado pela sociedade. Neste sentido, Márcio Souza Guimarães esclarece que:

A teoria maior se fundamenta em maior apuro e precisão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se em requisitos sólidos identificadores da fraude – a utilização da couraça protetora para camuflar atos evadidos de fraude pelo sócio com a utilização da sociedade. (GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da EMRJ**. Rio de Janeiro: EMRJ, v.7, n. 25, 2004, p. 233).

²⁸⁵ GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da EMRJ**. Rio de Janeiro: EMRJ, v.7, n. 25, 2004, p. 232.

Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, alerta para o fato de que o veto incidente sobre o §1º do dispositivo em questão deveria ter recaído sobre §5º, tendo ocorrido, em verdade, um equívoco remissivo. As razões do veto teriam sido direcionadas ao §5º, e não ao §1º. Para o autor, traria o §5º um excessivo rigor e desprezo pelos pressupostos da fraude e do abuso de direito, previstos no caput do art. 28 do Código. Argumentos estes que se coadunariam perfeitamente com as razões de veto do Presidente da República, encaminhadas ao presidente do Senado Federal, que prescrevia que *“o caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no Direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”*.²⁸⁶

Ademais, é importante ressaltar que o mencionado dispositivo não poderia ser interpretado isoladamente, sob pena da autonomia patrimonial da pessoa jurídica ser considerada revogada no âmbito consumerista. Deveria ser interpretado em consonância com a teoria da desconsideração da personalidade. A desconsideração, assim, só deveria ocorrer quando a pessoa jurídica fosse utilizada indevidamente, e por isso obstaculizasse o ressarcimento de prejuízos ao consumidor.

Se não for essa a interpretação feita, o legislador estaria impondo, mais uma vez, aos membros da sociedade uma pena pelo insucesso da atividade, anulando, assim, as regras de distinção da personalidade da pessoa jurídica da de seus sócios. Não é qualquer dano ao consumidor que poderia ensejar a desconsideração, que só deveria ocorrer, como já exposto, quando a pessoa jurídica fosse indevidamente utilizada, e por isso tornasse mais difícil o ressarcimento dos danos suportados pelo consumidor. Ou seja, apesar de inegável a responsabilidade das pessoas jurídicas, como salienta Teresa Pantoja, esta tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação do dever geral de boa-fé, caso contrário estar-se-ia diante de situações de autoritarismo e insegurança jurídica²⁸⁷.

Não se pode esquecer, ainda, que os riscos de problemas externos e do insucesso, inerentes a qualquer atividade econômica, são da pessoa jurídica e não de seus membros. O risco desses membros é limitado pelo tipo de sociedade escolhido, não tendo ligação com a sorte da empresa²⁸⁸.

²⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 248.

²⁸⁷ PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124.

²⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.91.

Gustavo Tepedino²⁸⁹ manifesta-se também pela interpretação sistemática do dispositivo, ou seja, o §5º deve ser lido em consonância com o seu *caput*. Ressalta que a matéria não se consolidou, exemplificando com a discussão que foi travada no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 279.273. Trata-se do caso da explosão ocorrida, em junho de 1.996, no Osasco Plaza Shopping. Dentre as questões debatidas estava a desconsideração da personalidade jurídica. O Ministério Público de São Paulo, no bojo da Ação Civil Pública ajuizada contra a sociedade e seus administradores, pleiteava a extensão dos efeitos patrimoniais da condenação aos administradores, o que foi deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em sede de Recurso Especial, o Ministro Relator Ari Pargendler²⁹⁰ manifestou contrariamente à possibilidade da desconsideração no caso em questão, alegando que o parágrafo 5º não possuía autonomia em relação a seu *caput*. O Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito²⁹¹ também se manifestou no mesmo sentido, alertando que a personalidade jurídica somente deve ser desconsiderada para evitar o abuso e a fraude. Para o Ministro, na aplicação do dispositivo em tela seria necessário muita cautela, sob pena de se ter *“um desequilíbrio da atividade econômica com o enfraquecimento da organização empresarial, que em uma economia de mercado é a base do desenvolvimento”*²⁹². A 3ª Turma, no entanto, por maioria dos votos, decidiu pela desconsideração, ainda que ausente o abuso de personalidade:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.30, abril/junho 2007, p. 66.

²⁹⁰ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=215473&sReg=200000971847&sData=20040329&sTipo=2&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2011.

²⁹¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1097852&sReg=200000971847&sData=20040329&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2011.

²⁹² Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1097852&sReg=200000971847&sData=20040329&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2011.

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230)²⁹³

Não restam dúvidas de que o princípio da existência distinta entre a sociedade e os seus membros e o princípio da separação patrimonial não são absolutos. A pessoa jurídica não pode ser utilizada de forma a desvirtuar suas finalidades. Assim, nas hipóteses em que é instrumento de fraude e abuso de direito relacionados à sua autonomia patrimonial, a personalidade jurídica deve ser desconsiderada, ainda que se trate de uma sociedade limitada. Ou seja, em que pese o fato de os sócios desta forma societária possuírem responsabilidade limitada ao valor das quotas que integralizaram, pelas dívidas sociais responderão o patrimônio particular deles. Nem a sociedade e nem a limitação de responsabilidade, conferida aos seus sócios em decorrência justamente da opção por uma forma societária que se caracteriza por tal limitação, podem ser argumentos para burlar obrigações legais ou contratuais, ou para o exercício de determinado direito em desconformidade com seus fins econômicos e sociais, a boa fé e os bons costumes.

O que não se pode conceber é que a aplicação da *disregard doctrine* seja um instrumento do exagero, ou seja, que acabe por destruir o instituto da pessoa jurídica, sobretudo das sociedades em que se atribui aos sócios responsabilidade limitada. A aplicação irresponsável do instituto acaba por desestimular a exploração de atividades econômicas, na medida em que o patrimônio particular dos membros da sociedade é alcançado pelas dívidas sociais.

A aplicação da teoria menor consiste simplesmente na eliminação completa do princípio da existência distinta da sociedade. Em contrapartida quando se investiga a

²⁹³ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=279273&b=ACOR#>. Acesso em: 25 jun. 2011.

existência de fraude ou de abuso de direito na utilização da pessoa jurídica como pressuposto para se afastar momentaneamente – no caso específico – o “véu” que a encobre, atingindo o patrimônio pessoal de seus membros, acaba-se por proteger e fortalecer o próprio instituto da separação subjetiva entre sócios e sociedade, pois há uma repressão aos casos em que esta é utilizada para fins diversos aos de seu ato constitutivo e da lei²⁹⁴.

Os Tribunais, ao reconhecerem e aplicarem a teoria menor da desconsideração, ainda que limitada ao âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental, acabam por, mais uma vez, demonstrar a profunda extensão da responsabilidade dos sócios. Ainda que a desconsideração da personalidade jurídica seja instituto aplicado somente excepcionalmente, a adoção da mesma dissociada de sua teoria acaba por indicar a fragilidade da separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus membros, sobretudo nas sociedades limitadas, em que os sócios ainda gozam da limitação de sua responsabilidade em decorrência do tipo societário escolhido para o exercício da atividade econômica.

7.4 Desconsideração na seara do Direito Ambiental

A Lei 9.605/1.998, na mesma esteira do Código de Defesa do Consumidor (CDC), prevê, em seu art. 4º, a aplicação da *disregard doctrine* sempre que a personalidade da pessoa jurídica “*for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”. Nota-se que o dispositivo possui redação extremamente semelhante à do §5º do art. 28 do CDC, que também estabelece a possibilidade de desconsideração quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de eventual dano causado ao consumidor. Assim, poder-se-ia também afirmar que, no âmbito do direito ambiental, adotou-se também a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria menor simplesmente ignora o princípio da separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus membros. As hipóteses de desconsideração da personalidade propostas por esta teoria são impróprias, ou seja, não se tratam das hipóteses previstas pela teoria tradicional (teoria maior).

Ocorre que como, já tratado quando discutida a questão no âmbito do direito do consumidor, a aplicação da desconsideração não poderia se limitar a critério tão superficial. A desconsideração não poderia se dar quando da simples insuficiência de bens da sociedade para reparar danos ambientais. Caso contrário, haveria uma clara aplicação do instituto dissociada

²⁹⁴ SILVA, Osmar Vieira de. **Desconsideração da personalidade jurídica**: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

de sua teoria, que estabelece, em sua acepção subjetivista, como critério para o afastamento temporário e excepcional da personalidade da pessoa jurídica, que esta tenha sido utilizada para a prática de atos fraudulentos ou em abuso de direito.

Neste sentido posiciona-se Edis Milaré, ao defender que a desconsideração somente deve ocorrer quando verificada a má utilização da pessoa jurídica, constada no caso concreto:

No entanto, é bom ressaltar, os problemas relacionados ao abuso da pessoa jurídica não se resolvem mediante a aplicação de uma regra geral de desconsideração de sua personalidade, mas de uma análise caso a caso, uma vez que são as particularidades do caso concreto, em especial o modo como se verifica a má utilização, o desvio de finalidade ou a injustiça na manutenção da personalidade jurídica, que determinarão a sua desconsideração.²⁹⁵

Como já mencionado a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, sendo, ainda, necessário conjugar a interpretação do dispositivo em questão, que prevê a relativização do princípio da autonomia das pessoas jurídicas e o da separação patrimonial, com o reconhecimento da importância das pessoas jurídicas no desenvolvimento das atividades econômicas. Assim, diante de tal importância sua personalidade só deve ser afastada, atingindo-se o patrimônio de seus sócios para satisfação de débitos sociais, como forma de coibir a má utilização da sociedade, ou seja, quando esta for utilizada como anteparo de fraude ou de abuso de direito.

A separação patrimonial entre a sociedade e seus membros, bem como a limitação de responsabilidade pelas dívidas sociais daqueles sócios que integram sociedades caracterizadas justamente por tal limitação, como se dá nas sociedades limitadas, é fator de desenvolvimento econômico, vez que possibilita a alocação de recursos para atividades econômicas produtivas, ou seja, para atividades voltadas para a produção ou circulação de bens ou serviços. Como já exaustivamente mencionado, a exposição do patrimônio dos sócios aos riscos da atividade é fator de desestímulo ao afluxo de capital às atividades produtivas. Logo, tal exposição somente deve se dar, sobretudo nas sociedades limitadas, se a pessoa jurídica tiver sido utilizada no caso concreto para a prática de fraude ou de abuso de direito.

Ainda que o objetivo do legislador, ao estabelecer o afastamento da personalidade da pessoa jurídica quando esta for obstáculo ao ressarcimento de dano causado ao meio ambiente, seja assegurar que nas hipóteses de insolvência da sociedade o dano ambiental possa ser reparado, não se poderia imputar responsabilidade patrimonial a seus sócios diante da mera insuficiência de recursos financeiros para a tomada de providências necessárias à

²⁹⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 933.

recuperação do dano. Para tal responsabilização, é imprescindível que a personalidade da pessoa jurídica tenha sido utilizada como instrumento de fraude ou de abuso de direito, sob pena de completa insegurança jurídica, sobretudo para aqueles sócios que optaram por integrar sociedade que explora atividade econômica sob uma roupagem que limite a responsabilidade de seus membros pelas dívidas sociais. Os sócios, caso contrário, estariam submetidos à situação em que não poderiam, *a priori*, quantificar o risco a que estariam submetidos, ainda que integrassem uma sociedade limitada.

Apesar de no Brasil ainda não existir legislação federal tratando de garantias financeiras, diversamente do que ocorre em outros países²⁹⁶, Annelise Monteiro Steigleder defende que é possível encontrar soluções satisfatórias para a questão da reparação dos danos ao meio ambiente ou do adimplemento de indenização pecuniária.²⁹⁷ Poder-se-ia constituir uma garantia real (hipoteca, penhor ou anticrese) com o objetivo de garantir a recuperação de áreas que sofreram danos ambientais, devendo o valor do bem corresponder a uma estimativa do custo de reparação do dano. Tal garantia deveria ser estipulada no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Se se tratasse de uma hipoteca, o TAC deveria ser celebrado através de uma escritura pública levada a registro no órgão competente, ou seja, no Cartório de Registro de Imóveis onde o bem está matriculado.²⁹⁸

Annelise Monteiro volta-se, no entanto, para a questão da definição do credor pignoratício ou hipotecário. Se o TAC tiver sido firmado com a União, o Estado ou com o Município, não haveria nenhum impedimento para que tais pessoas jurídicas de direito público figurassem como credores, podendo, assim, na hipótese de inadimplência da sociedade causadora do dano, promoverem a alienação do bem e se ressarcirem dos custos de

²⁹⁶Annelise Monteiro Steigleder elenca o tratamento dado à questão em diversos países:

Conforme relatório da Comissão Europeia, de 12.10.2010, relativo à avaliação da eficácia da Diretiva, verificou-se que o seguro é o instrumento mais popular para a cobertura de responsabilidade ambiental, seguido das garantias bancárias (Áustria, Bélgica, Chipre, Espanha, Países Baixos, Polónia, Reino Unido e República Checa) e de outros instrumentos baseados no mercado, tais como fundos, obrigações, etc. (Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Espanha e Polónia). Há grupos de seguradoras na Espanha, França e Itália.

*Em virtude da ocorrência de diversos casos de empresas que faliram ou foram fechadas antes de procederem à recuperação das áreas degradadas, o Canadá e os Estados Unidos possuem legislações em que consta a previsão de apresentação de cauções, fianças bancárias, seguros ou outras formas de garantias como condição prévia para a emissão de autorizações e licenças ambientais. [...] (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 136-137)*

²⁹⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 144.

²⁹⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 147-148.

reparação do dano ambiental. O entrave surgiria se o TAC tivesse sido celebrado com o Ministério Público, que não poderia figurar como credor.²⁹⁹

O adimplemento de indenização pecuniária³⁰⁰, por sua vez, poderia ainda ser garantido por uma hipoteca judiciária, nas hipóteses de inexistência de um Termo de Ajustamento de Conduta por recusa de celebração pelo causador do dano:

Uma vez ajuizada ação civil pública, consoante prevê o art. 466, *caput* e parágrafo único, do CPC: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei dos Registros Públicos”.[...] ³⁰¹

Por fim, cita ainda a fiança bancária e o seguro-garantia. Na primeira garantia, a instituição financeira se tornaria fiadora das obrigações assumidas na reparação de dano ambiental causado por aquele que exerce a atividade econômica causadora do dano. Na segunda, o Ministério Público ou qualquer outro ente legitimado a celebrar o TAC seria tido como segurado. Assim, se o causador do dano ambiental, considerado tomador no seguro-garantia, não cumprir as obrigações assumidas no Termo de Ajustamento de Conduta no prazo fixado, a seguradora deveria adotar as providências necessárias à reparação do dano. O seguro poderia ser utilizado “*não apenas para assegurar a reparação em virtude de acidentes súbitos, mas também para garantir o cumprimento de termo de ajustamento de conduta*”³⁰² e teria suas condições reguladas pela Circular da SUSEP 232/2003. Mas, não poderia ser utilizado para garantir o pagamento de multas ou qualquer outra sanção imputada pelos órgãos competentes.³⁰³

Com a instituição de qualquer uma das mencionadas garantias financeiras, restaria assegurada a reparação dos danos ambientais quando da insolvência da sociedade causadora

²⁹⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 148.

³⁰⁰ Annelise Monteiro ressalta que apenas na impossibilidade da reparação do dano ambiental é que se partiria para uma indenização pecuniária:

[...] *Veja-se que existe uma ordem hierárquica entre as formas de reparação do dano ambiental, sendo que a indenização pecuniária é sempre uma alternativa subsidiária à restauração natural. Ou seja, em primeiro lugar, deve-se buscar a recuperação da própria área degradada. Se inviável tecnicamente, busca-se a imposição de uma compensação ecológica, consistente na recuperação de outra área nas proximidades. Apenas na hipótese de impossibilidade da restauração in situ ou da compensação ecológica é que se parte para a indenização do dano reversível.* (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 151)..

³⁰¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 149-150.

³⁰² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 153.

³⁰³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, jul/set 2011, p. 153-154.

do dano, sem que com isso ocorra o desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e do próprio instituto da sociedade limitada. O custo de eventual dano ambiental já seria previamente inserido nos custos da atividade, sem que os sócios fossem responsabilizados pelo insucesso da empresa.

7.5 A extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica

Uma vez aplicada a *disregard doctrine*, resta definir quem será alcançado, ou seja, quem terá seu patrimônio pessoal também respondendo pelas obrigações sociais. Não restam dúvidas de que aquele sócio ou administrador que utilizou a pessoa jurídica de forma irregular, desvirtuando-a de sua finalidade, seja através da prática de fraude ou do abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial, serão alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica.

Como a desconsideração é uma exceção ao princípio da existência autônoma da pessoa jurídica e de seus membros, bem como ao princípio da separação patrimonial, a questão que se levanta diz respeito a responsabilização dos demais membros da sociedade.

O Código Civil, em seu artigo 50, não é claro quanto a alcance subjetivo da desconsideração. Assim, em que pesem Projetos de Lei³⁰⁴ que possuem como objetivo a alteração do mencionado dispositivo para a inserção da limitação de responsabilidade ao sócio ou administrador que tenha praticado o ato que afastou a sociedade de suas finalidades, a desconsideração, nos moldes em que se encontra o texto normativo, alcançaria todos os membros. Neste sentido, as lições de João Casillo sobre o Anteprojeto do Código Civil de 2.002, ou seja, ainda sob a égide do Código Civil de 1.916, que nada previa a respeito da desconsideração da personalidade:

³⁰⁴ Pode-se citar o arquivado Projeto de Lei n.º 2426-A, de autoria do já falecido Deputado Federal Ricardo Fiúza, que propunha em seu art. 4º:

Art. 4º. É vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=141005>>. Acesso em 13 junho 2012).

Cite-se ainda o Projeto de Lei 3401 de 2008, apresentado pelo Deputado Bruno Araújo, que prevê de forma semelhante que:

Art. 6º Os efeitos da decretação de desconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de membro, instituidor, sócio ou administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade em detrimento dos credores da pessoa jurídica e em proveito próprio. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=394313>>. Acesso em 13 junho 2012).

[...] limitar os efeitos da “disregard” aos bens do administrador representante da pessoa jurídica é um passo muito pequeno, pois nem sempre os grandes interesses estão ligados a estas pessoas, no caso do “superamento”, que é uma exceção, quando ocorra, deve-se permitir que todos aqueles que se esconderam sob o manto da pessoa jurídica arquem com as conseqüências do ato ilícito ou abusivo.³⁰⁵

Como ressalta Gustavo Filipe Garcia, se interpretação diversa³⁰⁶ fosse dada ao artigo 50 do CC/2002 não seriam necessários Projetos de Lei, como os que já foram apresentados, com a finalidade específica de limitar a extensão subjetiva quando da aplicação da *disregard doctrine*. Se tal limitação já existisse não haveria a necessidade de alteração do dispositivo. Ademais, lembra ainda que o texto do Anteprojeto do Código Civil encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Prof.º Miguel Reale fazia menção expressa ao fato de que somente seriam atingidos os “*bens pessoais do administrador ou representante que dela [da pessoa jurídica] se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração*”. Limitação esta que não consta da redação atual.³⁰⁷

No que diz respeito à desconsideração no âmbito do direito do consumidor, Gustavo Felipe Barbosa Garcia³⁰⁸, afirma que por ser a desconsideração restrita a certos efeitos de determinado caso em concreto e por ter o legislador consumerista também se omitido quanto à extensão da responsabilidade, todos os integrantes da sociedade serão alcançados, ressalvado, no entanto, o direito de regresso dos sócios de boa-fé contra os sócios causadores do dano:

[...] Com o levantamento do véu da personalidade jurídica, aqueles que se encontravam encobertos são atingidos, o que significa justamente os componentes da pessoa jurídica que causou prejuízos. Eventuais sócios de boa-fé poderão exercer seus direitos de regresso e de ressarcimento perante os sócios culpados, mas isso é questão entre os componentes da pessoa jurídica, não podendo alcançar terceiros prejudicados, sem qualquer participação na vida interna da sociedade e no relacionamento entre sócios.³⁰⁹

³⁰⁵ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 37.

³⁰⁶ Ressalte-se a interpretação em sentido contrário apresentada pelo Enunciado n.º 7 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal:

Art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido. (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 11 novembro 2012.

³⁰⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 846, abril, 2006, p. 26.

³⁰⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 846, abril, 2006, p. 22-23.

³⁰⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v 846, abril, 2006, p. 23.

Por se tratar a desconsideração da personalidade jurídica de medida excepcional, toda vez que se tem uma aplicação e interpretação mais ampla da teoria, resta claro o desestímulo a atividades empresariais e a participação no capital social. Desestímulo este que se acentua, sobretudo, nas sociedades limitadas, em que o objetivo de seus membros é justamente a exploração da atividade econômica ou o investimento nestas – nada impede que uma sociedade limitada seja classificada como sociedade de capital, em que os atributos pessoais ou as características profissionais dos sócios não são elementos preponderantes, mas simplesmente o aporte de capital que membro traz para a atividade – de maneira a garantir uma limitação de suas responsabilidades, ou seja, de forma a assegurar seu patrimônio pessoal das obrigações da sociedade.

8 A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Nos termos do art. 121³¹⁰ do Código Tributário Nacional (CTN), sujeito passivo da obrigação tributária é aquele responsável pelo pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, ou seja, da multa. O parágrafo único do mencionado dispositivo estabelece ainda que o sujeito passivo pode ser um contribuinte, quando guardar uma relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, ou um responsável, quando, não sendo considerado contribuinte, sua obrigação decorrer de expressa disposição legal. O responsável responderia, assim, por um débito alheio.

Estando a sociedade solvente, não restam dúvidas sobre qual patrimônio deverá ser alcançado para pagamento das prestações decorrentes da obrigação tributária: o patrimônio da própria sociedade, que responde sempre ilimitadamente por suas obrigações, ainda que se trate de uma sociedade limitada. Questionamentos surgem naquelas hipóteses em que a sociedade limitada, caracterizada justamente pela limitação de responsabilidade dos seus sócios ao valor de suas respectivas quotas, não possui patrimônio suficiente para arcar com os tributos ou penalidades pecuniárias. Os sócios seriam sujeitos passivos? Poderiam ser considerados responsáveis pela obrigação tributária decorrente de uma relação direta da sociedade, da qual fazem parte, com o fato gerador do tributo?

O art. 134³¹¹, também do CTN, estabelece que na hipótese de ser impossível a cobrança do cumprimento da obrigação principal do contribuinte, responderão solidariamente com este, os sócios da sociedade, nos atos em que intervierem ou pelas omissões das quais forem responsáveis (art. 134, VII). O dispositivo dispõe, no entanto, que tal responsabilidade somente será imputada aos sócios de sociedade de pessoas e na hipótese de sua liquidação. Assim, o sócio de sociedade de pessoas, no caso de sua liquidação, somente poderia ser responsabilizado pelo pagamento do tributo se a pessoa jurídica não pudesse cumprir com sua obrigação tributária. Ainda seria necessário que tivesse participado do ato que configurou o fato gerador ou que indevidamente tivesse se omitido.

³¹⁰ Art. 121. *Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

³¹¹ Art. 134. *Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

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

Logo, aos sócios de sociedades limitadas somente seria imputada responsabilidade pessoal se se tratasse de uma sociedade classificada como de pessoas, ou seja, de sociedade em que o exercício da atividade econômica explorada depende dos atributos pessoais de seus sócios. Tratar-se-ia ainda de responsabilidade subsidiária³¹². O patrimônio pessoal dos sócios somente poderia ser alcançado se não fosse possível cobrar o cumprimento do débito tributário do principal contribuinte, ou seja, da sociedade.

No entanto, ainda que a sociedade limitada tenha se constituído sob a roupagem de uma sociedade de pessoa, a simples insuficiência de patrimônio social não poderia ser capaz de ensejar a responsabilização pessoal de seus membros, pois, conforme já mencionado, estes possuem responsabilidade limitada ao valor de suas quotas. Interpretação em sentido contrário, contraria todo tratamento legal conferido às sociedades limitadas. Jorge Lobo defende que o dispositivo em questão – art. 134, VII do Código Tributário Nacional – não se aplica às sociedades limitadas, ficando “*restrito às sociedades de responsabilidade ilimitada, v.g., às sociedades em nome coletivo*”³¹³.

Ocorre que a lei ainda impõe como requisito para a responsabilização pessoal dos sócios a liquidação da sociedade. É preciso, entretanto, distinguir a dissolução regular, pautada nos procedimentos previstos em lei, da dissolução irregular, também conhecida por dissolução de fato por se caracterizar pelo mero “fechamento das portas”.

Assim, ainda que se admitisse a aplicação do dispositivo em questão às sociedades limitadas, somente poder-se-ia falar em responsabilidade pessoal de seus sócios se se estivesse diante de uma dissolução irregular da sociedade. O Superior Tribunal de Justiça, através da já mencionada Súmula 435³¹⁴, já sedimentou seu entendimento no sentido do redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da sociedade que se dissolveu irregularmente. O redirecionamento, no entanto, não se estenderia a todos os sócios, mas somente aqueles que exercessem a administração, ou seja, aos “sócios-gerentes”.

³¹² Leonardo Nunes Marques defende que se trata simplesmente de responsabilidade pessoal:

A mensagem que se extrai da simples leitura da lei é incontestável. O dispositivo diz que a responsabilidade é pessoal. A lei não fala em solidariedade ou subsidiariedade, apenas em pessoalidade. Nestes termos, e levando-se em conta que o art. 265 do CC estabelece que a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, e no âmbito do Direito Tributário apenas a lei possui o condão de dispor sobre responsabilidade, visto que a vontade das partes é irrelevante nessa matéria (art. 123 do CTN), conclui-se que, para a aplicação da solidariedade, seria necessário existir menção expressa do art. 135 do CTN neste sentido, o que não se verifica. (MARQUES, Leonardo Marques. A responsabilidade dos membros da sociedade limitada pelas obrigações tributárias e o novo código civil. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 111, dez. 2004, p. 67)

³¹³ LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p. 206.

³¹⁴ Súmula 435. *Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.*

Dissolvendo-se a sociedade regularmente, os sócios não poderiam ser responsabilizados pelo insucesso da atividade se optaram justamente por integrar sociedade caracterizada pela limitação de responsabilidade de seus membros.

O art. 135³¹⁵ do diploma em questão estabelece, por sua vez, que os sócios mencionados no art. 134, ou seja, os sócios de sociedades classificadas como de pessoa e na hipótese de sua liquidação, serão pessoalmente responsáveis pelos débitos tributários decorrentes de atos praticados com excesso de poder³¹⁶, infração da lei ou do ato constitutivo da sociedade (art. 135, I). A mesma responsabilidade é imputada aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, se agirem com excesso de poder, infração da lei ou do ato constitutivo da pessoa jurídica responderão pelas dívidas tributárias (art. 135, III).

Hugo de Brito salienta que é necessária a definição do âmbito de aplicação do inciso III do art. 135, ou seja, determinar em que “*circunstâncias os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelos créditos tributários dos quais sejam estas contribuintes*”. A dificuldade surgiria em relação àquelas sociedades caracterizadas pela limitação de responsabilidade de seus sócios: sociedades limitadas e sociedades anônimas.³¹⁷

Destaca o autor que tal responsabilidade não se relaciona à mera condição de sócio, sendo necessário que também ostente a condição de administrador de bens alheios. Razão pela qual a lei faz menção a diretores, gerentes ou representantes. Ademais, para a incidência do dispositivo em questão, seria necessário que este sócio que exerce a administração da sociedade tenha praticado ato em excesso de poder ou em infração da lei ou do ato constitutivo da sociedade, e deste ato resulte o débito tributário.³¹⁸

³¹⁵ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

³¹⁶ Em relação ao excesso de poder, dispõe o parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil:

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II – provando-se que era conhecida do terceiro;

III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

³¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162.

³¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162.

No entanto, para Leandro Paulsen, constitui prova para a responsabilização do administrador o fato de este deter poderes de gestão à época de cumprimento da obrigação tributária, ou seja, deve ter poder de decisão quando do recolhimento do tributo³¹⁹.

Ressalte-se ainda que a administração, nas sociedades limitadas, pode ser exercida tanto por sócios como por não sócio. Neste sentido, leciona Jorge Lobo:

O sócio não é responsável pelas dívidas tributárias da sociedade limitada com a União, Distrito Federal, Estados e Municípios, conforme jurisprudência pacífica: “O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência”, sendo, observe-se, questionável, inclusive, a responsabilidade do sócio gerente.³²⁰

Assim, para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da sociedade limitada seria necessária a verificação de dois requisitos. O primeiro, previsto no art. 135 do Código Tributário Nacional, estabelece que somente os sócios que eventualmente forem também administradores da sociedade podem ser responsabilizados por créditos originariamente constituídos contra a sociedade. Logo, aquele quotista que não possui poderes de administração não poderia ser incluído no pólo passivo da execução fiscal. O segundo requisito, também previsto no dispositivo em questão, refere-se ao fato de o administrador ter agido com excesso de poderes ou em infração à lei ou ao contrato social.

Daniel Moreira do Patrocínio³²¹ ressalta que este segundo requisito decorre ainda de posicionamento consolidado em nossa jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça

³¹⁹ Neste sentido é a lição de Leandro Paulsen:

Constitui prova para a configuração da responsabilidade o fato de o agente encontrar-se na direção da empresa na data do cumprimento da obrigação tributária, devendo ter poderes de decisão quanto ao recolhimento do tributo.

[...] Sendo a responsabilidade, assim, do diretor, gerente ou representante, e não do simples sócio sem poderes de gestão, também não é possível responsabilizar pessoalmente o diretor ou gerente por atos praticados em período anterior ou posterior a sua gestão. (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 152-153.)

Há, no entanto, posicionamento em sentido contrário. O administrador seria responsabilizado pelas obrigações tributárias cujo fato gerador tivesse ocorrido à época em que detinha os poderes de gestão. Cite-se ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - SOCIEDADE POR COTAS - OBRIGAÇÕES FISCAIS - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - O artigo 185, do Código Tributário Nacional faz presumir fraudulenta a alienação ou oneração de bens, ou rendas por contribuinte que esteja em débito para com a Fazenda Pública, estando o crédito regularmente inscrito na Dívida Ativa.

2 - O sócio-gerente, de sociedade limitada, ainda que tenha alienado a sua cota, é responsável, por substituição, pelas obrigações fiscais, decorrentes de atos cometidos com infração à lei, desde que o fato gerador da obrigação tenha ocorrido à época em que estava na gerência. (Acórdão n. 141992, 20000150046493APC, Relator JOÃO MARIOSI, 1ª Turma Cível, julgado em 25/06/2001, DJ 05/09/2001 p. 37)

³²⁰ LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p. 206.

³²¹ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Sociedade limitada**: comentários. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 11.

consolidou posicionamento no sentido de que compete ao Fisco provar que o administrador agiu com dolo, má-fé ou com violação à lei, não importando o mero não pagamento do tributo como ato violador da lei³²².

Hugo de Brito³²³ defende também que o não pagamento do tributo não seria capaz de ensejar tal responsabilização. Interpretação em sentido contrário importaria na ausência de qualquer limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitadas perante o fisco.

Quando do vencimento da obrigação tributária consistente no recolhimento do tributo, a sociedade pode estar diante de uma situação de indisponibilidade financeira. O administrador que, nesta situação, deixar de adimplir a prestação fiscal, não pratica nenhuma infração à lei. Tal fato, em si, fará incidir somente multa moratória. O Superior Tribunal de Justiça, através de entendimento sumulado (Súmula 430), já manifestou que “*o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*”.

Fabrício Machado de Moraes ressalta que nem sempre este foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que até o ano 2.000 as decisões eram no sentido³²⁴ de se

³²² Citem-se os julgados a seguir como exemplos do mencionado posicionamento:

TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135 DO CTN.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva do sócio-gerente em relação aos débitos da sociedade. De acordo com o artigo 135 do CTN, a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. O sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas se ficar provado que agiu com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal. O mero inadimplemento tributário não enseja o redirecionamento da execução fiscal. Embargos de divergência providos. (EAg 494887/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 05/05/2008)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DO ATO ENQUANTO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem expressamente consignou que, no momento da ocorrência do fato, os agravantes eram sócios-gerentes da empresa executada.

3. Desconstituir tal premissa requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado a esta Corte pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 170.270/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012)

³²³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162.

³²⁴ Como exemplo do mencionado posicionamento, citem-se os julgados a seguir:

PROCESSO CIVIL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SOCIO-GERENTE. AJUIZADA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, E NÃO LOCALIZADOS BENS DESTA SUFICIENTES PARA O ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO, PODE SER REDIRECIONADO CONTRA O SOCIO-GERENTE, HIPÓTESE EM QUE ESTE DEVE SER PRELIMINARMENTE CITADO EM NOME PRÓPRIO PARA SE DEFENDER DA RESPONSABILIDADE IMPUTADA, CUJA CAUSA O CREDOR DEVE TRADUZIR EM

garantir ao fisco o poder de executar qualquer sócio administrador que deixasse de recolher os tributos devidos, tornando “letra morta” as disposições do Decreto n.º 3708/1919 – diploma legislativo que regulamentava as sociedades limitadas à época – que estabeleciam a limitação de responsabilidade dos membros da sociedade. Assim, “até aquele momento da jurisprudência do STJ, ficou estabelecida a responsabilidade objetiva do sócio-gerente para com o Fisco”.³²⁵

Somente a partir de meados de 2.001 o posicionamento do STJ teria se modificado:

[...] houve no STJ, a partir do ano 2000, uma grande reviravolta no que tange à responsabilidade dos sócios gerentes ou administradores sociais quanto às dívidas tributárias. O elemento “infração à lei”, constante do art. 135 do CTN, que havia incorporado uma excelente ferramenta em favor do Fisco, que era a possibilidade de se considerar o mero inadimplemento como causa de ilimitação de responsabilidade, teve seu entendimento reformulado pelo STJ. Tal mecanismo de invasão patrimonial passa a não ser mais admitido pelo STJ, vigorando, a partir de então (meados do ano de 2001) a responsabilidade subjetiva do sócio ou administrador societário.³²⁶

Ressalta Humberto Theodoro Júnior que a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão da responsabilidade tributária do sócio foi abordada pela Ministra Eliana Calmon em palestra que proferiu no final do ano de 2.001. Os Tribunais estariam tomando a precaução de abrandar a aplicação do art. 135 do CTN quando se tratasse de hipótese de simples não recolhimento do tributo devido, pois tal evento não seria considerado infração cometida pelo sócio administrador.³²⁷

Para a Ministra, a responsabilidade do sócio administrador não seria objetiva, ou seja, seu patrimônio somente poderia responder por dívidas da sociedade se provado que agiu com dolo ou culpa. Indica que àquela época já registrava, neste sentido, o STJ “*alguns precedentes*

PETIÇÃO CLARA E PRECISA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 7.397/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/1995, DJ 30/10/1995, p. 36744)

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BENS PARTICULARES DE SOCIO-GERENTE - DESNECESSIDADE DE PREVIA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PESSOAL. INFRINGE A LEI O SOCIO-GERENTE QUE DEIXA DE RECOLHER, TEMPESTIVAMENTE, OS TRIBUTOS DEVIDOS PELA FIRMA DEVEDORA E, COMO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, PODE SER CITADO E TER SEUS BENS PARTICULARES PENHORADOS, MESMO QUE SEU NOME NÃO CONSTE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. INEXIGIBILIDADE DE PREVIA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. RECURSO PROVIDO. (REsp 14904/MG, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1991, DJ 23/03/1992, p. 3437)

³²⁵ MORAES, Fabrício Machado de. Responsabilidade patrimonial pessoal de sócios e administradores na sociedade limitada: análise com maior referência à responsabilidade tributária. In: WALD, Arnaldo (org). **Doutrinas essenciais**: direito empresarial. Edições especiais Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 525.

³²⁶ MORAES, Fabrício Machado de. Responsabilidade patrimonial pessoal de sócios e administradores na sociedade limitada: análise com maior referência à responsabilidade tributária. In: WALD, Arnaldo (org). **Doutrinas essenciais**: direito empresarial. Edições especiais Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 525.

³²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

*de longo alcance social, mormente no momento em que os pequenos e médios empresários brasileiros passam por comprovada dificuldade*³²⁸.

Afirma-se, logo, que a responsabilidade do sócio administrador possui natureza subjetiva, pois sua caracterização depende de uma atuação, no mínimo, culposa. A responsabilização decorrerá necessariamente de uma atuação com excesso de poderes ou contrária a lei ou ao contrato social. Por isso, o inadimplemento que tem por causa a indisponibilidade financeira – ou seja, a falta de dinheiro – não pode ensejar a responsabilização do administrador. Não é considerado o mero inadimplemento infração à lei.

Por outro lado, se o inadimplemento decorrer de conduta que tenha como único objetivo prejudicar ou fraudar o fisco, caracterizada também estaria a situação prevista no art. 135 do Código Tributário, pois nesta situação, como defende Itamar Gaino³²⁹, estaria caracterizada infração da lei. Não basta apenas o inadimplemento da obrigação tributária, sendo necessário para a responsabilização em questão que tal inadimplemento esteja relacionado a uma das condutas ilícitas ou fraudulentas previstas no art. 135. Assim, ainda que os créditos correspondentes a obrigações tributárias não tenham resultado diretamente de atos praticados com excesso de poderes ou em infração à lei ou ao ato constitutivo da sociedade, o administrador também poderia, para alguns³³⁰, ser responsabilizado se o inadimplemento – e não a obrigação tributária³³¹ – decorrer de qualquer uma das condutas

³²⁸ CALMON, Eliana. Responsabilidade tributária e penal dos administradores. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n. 2, jul/dez. 2002, p. 145. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/informativo/.../223>. Acesso em: 10 julho 2012.

³²⁹ Cita os seguintes exemplos:

[...] o dinheiro da sociedade é mantido em investimento, enquanto permanece a descoberto o débito tributário; encerram-se irregularmente as atividades da empresa, com sumiço de seu patrimônio, sem prévio pagamento dos tributos devidos; lucros são antecipados aos sócios, ficando o caixa da empresa sem recursos para o pagamento dos tributos. (GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.)

³³⁰ Além de Gaino, cite-se ainda Fábio Ulhoa:

Em termos gerais, se a sociedade limitada possuía o dinheiro para o pagamento do tributo, mas o seu administrador o destinou a outras finalidades, este é responsável perante o fisco; mas se ela não dispunha do numerário, não é cabível a responsabilização do administrador. Para facilitar o exame da matéria, chamo a primeira situação de sonegação, e a segunda, de inadimplemento. O art. 135, III, do CTN deve ser interpretado no sentido de imputar ao administrador a responsabilidade pelas obrigações tributárias da sociedade limitada em caso de sonegação, mas não no de inadimplemento.

O administrador (gerente) é responsável tributário pelas obrigações da sociedade limitada quando esta possuía o dinheiro para o recolhimento do tributo, mas aquele o destinou a outra finalidade, como antecipação de lucro, pagamento de pro labore aos sócios, aplicações financeiras. Não haverá, porém, responsabilidade se o inadimplemento da obrigação tributária decorreu da inexistência de numerário no caixa da sociedade, por motivo não imputável à gerência. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2, p. 444-445)

³³¹ Imagine-se a situação em que o contrato social estabelece que operações envolvendo bens imóveis somente podem efetivar-se com a participação de todos os sócios. No entanto, o sócio administrador, sem a participação dos demais membros da sociedade, celebra contrato de permuta. Sob a operação incidirá o imposto sobre transmissão de bens imóveis por ato onerosos inter vivos. Resta claro que no caso em tela a obrigação tributária decorre diretamente da prática de ato com excesso de poderes.

elencadas no art. 135 do CTN. O excesso de poderes ou a infração à lei ou ao contrato social não serviria “*para gerar a obrigação tributária, mas para imputar responsabilidade ao terceiro pelo descumprimento dessa obrigação*”³³².

Na hipótese prevista no art. 135, a responsabilidade do sócio administrador que praticou ato com excesso de poder ou em infração à lei ou ao ato constitutivo da sociedade não é solidária e nem subsidiária à sociedade. Trata-se de responsabilidade própria e pessoal³³³, ou seja, o sócio administrador que preenche os requisitos previstos no Código Tributário é o único responsável pelo débito tributário. A sociedade contribuinte, bem como os demais sócios, não poderia ser responsabilizada patrimonialmente pela conduta irregular do sócio administrador no exercício da gestão da sociedade.

Assim, por se tratar de responsabilidade pessoal decorrente da prática de ato ilícito, a responsabilidade do administrador pelo débito tributário já deveria ser apurada nos autos do processo administrativo instaurado contra a sociedade. Verificada tal responsabilidade, dever-se-ia lavrar “*termo apontado que foi constatada a prática de ilícito que têm por consequência sua responsabilidade pessoal pelos tributos devidos pela empresa*”³³⁴. A Certidão de Dívida Ativa, logo, deveria ser formada exclusivamente contra o administrador da sociedade.

No entanto, ocorre que a Fazenda Pública emite a CDA – certidão de dívida ativa – em desfavor do contribuinte, ou seja, da sociedade limitada, inserindo também no título o sócio administrador como responsável tributário, caso vislumbre atuação em desconformidade com a lei. Para se exonerar de tal responsabilidade, competirá ao sócio demonstrar que não restam configurados os requisitos do art. 135 do CTN, vez que a certidão de dívida ativa goza de presunção relativa de certeza e liquidez (art. 204 do CTN c/c art. 3º da Lei 6830/1980). Por outro lado, se o Fisco emite a CDA somente contra a sociedade, iniciando a execução também só contra a mesma, ao desejar redirecionar a execução contra o sócio administrador deverá comprovar que o membro da sociedade agiu com excesso de poderes, com infração à lei ou ao contrato social ou, ainda, que a sociedade se dissolveu irregularmente – hipótese também de infração à lei. Nesta hipótese, o ônus seria da Fazenda Pública³³⁵.

³³² GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

³³³ Neste sentido posiciona-se Leandro Paulsen:

c) responsabilidade pessoal, quando é exclusiva, sendo determinada pela referência expressa ao caráter pessoal ou revelada pelo desaparecimento do contribuinte originário, pela referência à sub-rogação ou pela referência à responsabilidade integral do terceiro em contraposição à sua responsabilização ao lado do contribuinte. São pessoais as responsabilidades dos arts. 130, 131, 132, 133, I e 135 do CTN. (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 149.)

³³⁴ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 152.

³³⁵ Neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Assim ainda que a responsabilidade do sócio administrador que tenha praticado ato ilícito seja pessoal, a sociedade limitada, caso não tenha obtido êxito em processo administrativo, terá que tentar se eximir da responsabilidade tributária através de embargos. Caso não obtenha também êxito em sede de embargos, restará somente a possibilidade de se voltar posteriormente contra o administrador que, nos termos do art. 135 do CTN, agiu com excesso de poder ou infração à lei ou ao ato constitutivo da sociedade.

Alguns defendem que a responsabilidade do administrador não é própria. Tratar-se-ia de responsabilidade por transferência³³⁶, ou seja, haveria uma ampliação no pólo passivo da relação tributária. Verificado o fato gerador, constitui-se a obrigação tributária que terá como sujeito passivo aquele que praticou ou causou tal fato. Assim, a sociedade seria a contribuinte. Mas, nas hipóteses previstas em lei, como forma de se evitar o inadimplemento da prestação tributária, imputa-se responsabilidade a terceiro – o administrador da sociedade. Transfere-se para este terceiro a responsabilidade pelo pagamento do tributo, sem, no entanto, afastar a responsabilidade da contribuinte. Itamar Gaiño ressalta que:

A responsabilidade surge originariamente para o contribuinte, segundo norma legal matriz que a impõe em razão de determinada situação jurídica, denominada “fato gerador”. Tornando-se o contribuinte inadimplente e uma vez que não disponha de patrimônio suficiente para, em ação de execução, gerar os recursos financeiros necessários à cobertura do crédito fazendário, pode, então, caracterizar-se a responsabilidade derivada do terceiro, que, se não pagar, terá seu patrimônio

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. NOME DO SÓCIO NÃO CONSTANTE NA CDA. OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 135 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Decididas as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito. Precedentes.

2. "A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte Superior ao concluir o julgamento do ERESP n.º 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, assentou que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN: a) quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário na CDA cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80" (AgRgAg n.º 1.101.780/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, in DJe 7/10/2009).

3. Reconhecida no acórdão recorrido, com amparo nos elementos de prova, a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 135 do Código Tributário Nacional, a autorizar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita necessário reexame dos aspectos fáticos da causa, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte Superior.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1267515/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 01/12/2010)

³³⁶ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

particular sujeito a atos executórios. A responsabilidade do terceiro apenas surge, entretanto, em razão de ato a ele imputável. Em se tratando de sócio-gerente, diretor ou administrador, a responsabilidade se tipifica “por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.³³⁷

A atividade econômica explorada pela sociedade é que, enquadrando-se na hipótese de incidência prevista na lei tributária, configuraria o fato gerador do tributo. É a sociedade que possuiria relação direta com o fato previsto na lei como tributável. Por isso, ela seria a contribuinte. O disposto no art. 135 do Código Tributário não se referiria ao nascimento da obrigação tributária, mas simplesmente à transferência da responsabilidade àquele que exerce poderes de gestão, quando este agir com excesso de poder, em infração à lei ou ao ato constitutivo da sociedade, sem que tal transferência importasse na exclusão de responsabilidade da sociedade contribuinte. Para Itamar Gaino³³⁸, a exclusão somente seria possível se, nos termos do art. 128 do Código Tributário, houvesse norma expressa neste sentido. Ademais, como a finalidade da norma seria a garantia de solvência do crédito da Fazenda Pública, não haveria motivo que justificasse a exclusão de responsabilidade da sociedade.

A responsabilidade do sócio administrador seria subsidiária, sendo-lhe, assim, imposta somente na hipótese de inexistência ou insuficiência dos bens da sociedade contribuinte. Gozaria o sócio do benefício de ordem, podendo, quando demandado por dívidas tributárias da sociedade, exigir que primeiro fossem executados os bens da pessoa jurídica. Instituto este que não poderia, no entanto, ser utilizado por administrador que não fosse sócio da sociedade limitada:

É bem certo, entretanto, que não se beneficia da subsidiariedade o administrador profissional. A regra do art. 1.024 do Código Civil tem incidência apenas em relação ao sócio. Quanto a ele, administrador profissional, aplica-se a solidariedade, que faz que responda, por ato próprio, em igualdade de condições com a sociedade devedora. O Fisco pode optar entre executar os bens sociais, pertencentes à pessoa jurídica, ou executar os seus bens particulares, não lhe sendo dado exercer o benefício de ordem.³³⁹

O autor ainda traz um exemplo elucidativo de seu posicionamento. Cita uma sociedade que pratica diversos fatos geradores no decorrer do tempo, mas não recolhe os tributos devidos em decorrência da prática de ato imputável ao sócio administrador. Este deixa de adimplir as prestações fiscais porque distribuiu lucros excessivos aos sócios. Diante de tal hipótese questiona se a sociedade “ficaria livre de responsabilidade, preservando a integralidade de seu patrimônio?” e se à Fazenda Pública restaria apenas “a alternativa de

³³⁷ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

³³⁸ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

³³⁹ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

cobrar do sócio-gerente, ainda que não dispusesse de patrimônio bastante para a cobertura da dívida?”³⁴⁰.

É neste sentido que se posiciona a Fazenda Pública. Entendimento este acolhido, como já mencionado, pela jurisprudência. O Fisco ajuíza a execução fiscal contra a sociedade. Somente se o patrimônio desta é insuficiente para satisfação da dívida tributária, a execução é redirecionada ao sócio administrador. Para tanto, é necessário, no entanto, que estejam presentes os requisitos exigidos pelo art. 135 do CTN. Assim, há uma ampliação do pólo passivo da execução, e não a substituição do contribuinte pelo terceiro. Possibilita-se, desta forma, que, na hipótese de inexistência ou insuficiência de bens do sócio administrador, o Fisco proceda a uma nova busca de bens no patrimônio da sociedade.

Apesar de a jurisprudência, como mencionado, ter firmado entendimento sobre a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra sócio(s) que não figure(m) na CDA, Humberto Theodoro Junior defende que, como a execução não é forma de se apurar responsabilidade, mas somente de realizar créditos líquidos, a execução deve ter como limite o título executivo³⁴¹. Assim:

Para definir-se a legitimação passiva do executivo, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar quem, concretamente, se acha vinculado ao título, já que *nulla executio sine titulo*.³⁴²

O sócio somente poderia figurar no pólo passivo da execução fiscal se a Certidão de Dívida Ativa tivesse sido emitida em seu desfavor, ou seja, seria indispensável prévio procedimento administrativo ou judicial para se definir os responsáveis pelo pagamento do tributo. Somente através da análise da CDA – título executivo extrajudicial – é que se poderia definir a legitimação passiva da execução fiscal, não podendo a Fazenda Pública, no âmbito da execução fiscal, pretender “*o acerto de responsabilidades de terceiros ou coobrigados que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo*”³⁴³.

Assim, para que a execução fiscal se direcionasse contra o sócio administrador, não bastaria que a lei lhe imputasse responsabilidade pelo pagamento do tributo. Nos termos do art. 135 do Código Tributário, se agir com excesso de poderes, infração à lei ou ao ato

³⁴⁰ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

³⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

³⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

³⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

constitutivo da sociedade responderá pelas dívidas fiscais decorrentes de tais atos. Mas somente poderia ser sujeito passivo da execução fiscal, nas lições de Humberto Theodoro, se contra ele se formar o título executivo – a CDA. Caso contrário, “*estar-se-ia admitindo execução forçada sem título executivo e, conseqüentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas, imediatas e definitivas*”³⁴⁴.

Ainda no que se refere à responsabilidade do sócio administrador por obrigação tributária decorrente da prática de ato com excesso de poder ou com infração à lei ou ao contrato, Américo Luís Martins da Silva ressalta que, caso a meação do cônjuge do sócio for atingida para satisfação do débito tributário em questão, a este cônjuge seria lícito a oposição de embargos de terceiros, ainda que tenha sido intimado de eventual penhora que tenha recaído sobre o bem imóvel. O cônjuge não poderia responder por débitos fiscais decorrentes da prática por terceiro – o outro consorte – de ato ilícito.³⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido da não responsabilização do cônjuge por débito tributário, quando o outro consorte for sócio administrador de sociedade e for responsável pelo pagamento de tributo, ressalvada a hipótese em que houver proveito para o casal. A súmula 251 estabelece que “*a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal*”.

Da análise dos dispositivos legais mencionados, conclui-se que a regra é a não responsabilização pessoal dos sócios por débitos tributários da sociedade. Somente excepcionalmente, ou seja, na hipótese do art. 135 do Código Tributário Nacional e desde que preenchidos todos os requisitos, os sócios de sociedade limitada responderiam por dívidas sociais perante o fisco, sob pena de anulação da característica da limitação da responsabilidade e, conseqüentemente, do completo aniquilamento do instituto das sociedades limitadas.

Assim, o patrimônio pessoal do sócio somente pode ser atingido por dívidas tributárias sociais se tal sócio exercer a administração da sociedade e se for verificado o excesso de poderes ou a infração à lei ou ao ato constitutivo. Não pode o sócio, ainda que administrador, em decorrência simplesmente do insucesso da sociedade, ser responsável pelo pagamento de suas dívidas tributárias.

³⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

³⁴⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. **A execução da dívida ativa da fazenda pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade, nos termos da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, de responsabilização pessoal dos sócios, que exercem a administração, quando da dissolução irregular da sociedade. Nesta última hipótese, no entanto, a responsabilidade dos sócios seria meramente subsidiária, ou seja, somente se o patrimônio da sociedade não for suficiente para saldar o débito tributário é que a execução poderia ser redirecionada para seus sócios.

Ocorre que, nos termos do art. 1.080 do Código Civil, os sócios que contribuírem para a aprovação de deliberações infringentes da lei ou do contrato social tornam-se ilimitadamente responsáveis. Assim, quando os sócios eventualmente aprovarem – em assembleia geral ou em reunião – deliberação referente à prática pelo administrador de ato contrário a lei ou ao contrato social, serão também responsabilizados pessoalmente, juntamente com o administrador. Os sócios que contribuíram expressamente para a aprovação da deliberação, independentemente de exercerem a administração da sociedade, poderiam, logo, também ser responsabilizados pessoalmente por uma obrigação de natureza tributária.

Ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas em lei, insta ressaltar que, o Código Civil, em seu art. 1.052, estabelece que os sócios de sociedade limitada possuem pelas obrigações sociais responsabilidade limitada. O limite de tal responsabilidade é o valor do capital social subscrito, mas não integralizado. Assim, a regra é que o sócio somente poderia ser demandado por dívidas sociais tributárias se o capital social ainda não estiver completamente integralizado e pelo valor ainda faltante.

Tal regra é aplicada a toda e qualquer relação jurídica da qual a sociedade limitada faça parte, incluindo as de Direito Tributário. É a própria sociedade a responsável, como regra, pelas obrigações que contrair. Logo, somente em hipóteses excepcionais – que, como demonstrado, não são poucas – responderia o sócio com seu patrimônio particular por dívidas tributárias da sociedade.

E não há como sustentar a responsabilização dos sócios da sociedade limitada fundamentada no dispositivos analisados do Código Tributário Nacional sob o argumento de que podem se utilizar da pessoa jurídica apenas como forma de limitação de responsabilidade, ou seja, utilizar a sociedade para fraudar o Fisco e se valer das barreiras impostas pelo princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e da limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada. Para tal hipótese restariam, no entanto, preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.

Não se pode confundir, assim, a responsabilização tributária do sócio administrador por obrigação decorrente da prática de ato ilícito, prevista no art. 135 do Código Tributário,

com o ataque ao patrimônio dos sócios para pagamento de dívida fiscal em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Neste sentido são as lições de João Casillo:

Quando a lei brasileira, [...], impõe ao sócio, gerente ou administrador a responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz porque uma dessas pessoas agiu de maneira contrária à lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada mas, sim, o diretor, o gerente ou o sócio que, na sua atividade ligada à empresa, andou mal.³⁴⁶

Quando da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, estar-se-ia diante de uma situação em que a pessoa jurídica é utilizada para mascarar uma situação³⁴⁷. Em contrapartida, a previsão do dispositivo em questão do Código Tributário estabelece uma punição ao sócio administrador que praticou ato com excesso de poder ou contrário a lei ou ao ato constitutivo da sociedade, e deste ato nasce uma obrigação de natureza tributária.

8.1 A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário

A Fazenda Pública, além do instrumento jurídico de responsabilização do sócio administrador previsto no art. 135 do Código Tributário, ainda se vale do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade na tentativa de satisfazer seu crédito. Para tanto, ou seja, para a aplicação da *disregard doctrine* é necessário que estejam presentes todos os seus requisitos.

Assim, se a sociedade estiver sendo utilizada para mascarar uma finalidade diversa da que justifica sua existência, através de fraude ou de abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial da pessoa jurídica, poderia o fisco, após manifestação judicial no sentido da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, atacar o patrimônio pessoal de seus sócios, ainda que se tratem de membros de sociedade limitada.

Na hipótese da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, o patrimônio de pessoal de todos os sócios, e não somente daquele(s) que exerce(m) a administração da pessoa jurídica, pode ser atacado para satisfação de débitos fiscais contraídos “mascaradamente” pela sociedade. Por outro lado, provados os requisitos ensejadores da incidência do art. 135 do CTN, a Fazenda Pública poderia voltar-se somente contra o(s)

³⁴⁶ CASILLO, João. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p.35.

³⁴⁷ CASILLO, João. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p.35.

sócio(s) administrador(es). O patrimônio dos demais sócios não poderia ser atacado em razão da prática de ato ilícito pelo administrador.

Ressalte-se que a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade depende de manifestação judicial. Não poderia, assim, autoridade administrativa fiscal afastar a personalidade da sociedade e inserir o nome dos sócios não administradores na Certidão de Dívida Ativa. Não há previsão legal para a responsabilização dos sócios que não exercem a administração. O art. 135 do Código Tributário é expresso ao estabelecer a responsabilidade tributária somente do sócio administrador. Ademais, o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivos que consagram o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro, prevêm, também de forma expressa, que é faculdade do juiz estender a responsabilidade aos sócios pelas obrigações da sociedade.

O fisco, provando o desvio de finalidade da pessoa jurídica – caracterizado pela prática de atos estranhos ao interesse da sociedade, ou seja, pela prática de atos que não guardam relação com atividade econômica explorada –, poderia requerer ao juiz que a personalidade jurídica da sociedade fosse desconconsiderada, seja em ação própria ou incidentalmente em ação executiva. O juiz possui a faculdade de afastá-la. Portanto, pode-se afirmar que o juiz é a única autoridade competente para desconconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, não podendo a autoridade administrativa se imiscuir nesta seara.

Neste sentido são as lições de Itamar Gaino:

A decisão judicial é imprescindível para a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade em razão de normas legais que regulam essa matéria. Ela se impõe, outrossim, como medida necessária à legitimação dos sócios para a execução (art. 592, II, do CPC). Tramitando a execução contra a pessoa jurídica que ostenta a qualidade de devedora em virtude de situação jurídica definida pelo direito material, o redirecionamento dos atos executórios contra os bens dos sócios, decorrente da ausência ou da insuficiência de patrimônio social, depende do ato judicial de imputação da responsabilidade, o qual deve ter lastro em causa de responsabilidade prevista no direito material. [...] ³⁴⁸

Saliente-se ainda que, apesar de ser o juiz a autoridade competente para afastar a personalidade jurídica da sociedade, não pode ele afastá-la de ofício. A *disregard doctrine* é instituto destinado à satisfação do credor, ou seja, é mecanismo para que se evite o inadimplemento. Assim, ao credor competiria requerer ao juiz a desconconsideração.

O parágrafo único do art. 116³⁴⁹ do Código Tributário, que estabelece que “a autoridade administrativa poderá desconconsiderar atos ou negócios praticados com a

³⁴⁸ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218-219.

³⁴⁹ Sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN, Hamilton Dias e Hugo Funaro lecionam:

finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”, não estabelece hipótese de desconsideração de personalidade jurídica a ser operada pela própria Fazenda Pública. Trata-se de hipótese em que o fisco pode desconsiderar um negócio jurídico simulado, e não de hipótese em que pode afastar a personalidade jurídica da sociedade e atacar o patrimônio de seus sócios.

O Código Tributário Nacional, no entanto, não prevê de forma expressa a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para que se responsabilize seus sócios por débitos fiscais. Hamilton Dias e Hugo Funaro³⁵⁰ defendem que o art. 50 do Código Civil, que trata da desconsideração, não poderia ser aplicado em matéria tributária. A reserva de lei complementar, instituída pelo art. 146, III, b, da Constituição Federal, impediria que o Código Civil – lei ordinária – fosse aplicada no âmbito do direito tributário. Assim, a desconsideração de personalidade jurídica somente poderia ser aplicada, quando de obrigações tributárias, se houvesse previsão instituída por lei complementar.

Ademais, como o direito tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade, previsto no art. 150, I, da Constituição Federal, não seria possível suprir a falta de regra expressa através da utilização de princípios gerais do Direito, analogia e costumes. Assim, seria “*vedada a utilização de vias integrativas para a criação de obrigação não prevista em lei, como explicita o art. 108, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional*”³⁵¹. Inviável,

Em primeiro lugar, o parágrafo único do art. 116, do Código Tributário Nacional é ineficaz, por falta de densidade normativa suficiente à sua aplicação, em virtude de não ter disciplinado a sequência de atos necessários para se desconsiderar o ato ou negócio jurídico e nem ter indicado o agente competente para requalificar os atos desconsiderados, com observância do devido processo legal. [...]

Em segundo lugar, ainda que se considerasse legítima a “regulamentação” do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional por lei ordinária, a norma não daria fundamento à desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil.

Com efeito, o art. 116 encarta-se no Capítulo II (“Fato Gerador”) do Título II (“Obrigação Tributária”) do Livro II (“Normas Gerais de Direito Tributário”) do Código Tributário Nacional. O campo de aplicação do dispositivo diz respeito ao fato que dá origem à obrigação tributária. O parágrafo único cuida da descoberta desse fato, quando dissimulado por atos ou negócios jurídicos praticados com fraude à lei ou abuso de direito. A norma opera, portanto, no plano do aspecto material da hipótese de incidência.

*[...] O tema diz respeito à responsabilidade de terceiros, matéria relativa ao aspecto subjetivo da hipótese de incidência tributária, tratada no Capítulo V do Título II do Livro II do Código Tributário Nacional, que versa sobre hipótese de sujeição passiva indireta de que trata o art. 121, parágrafo único, II, do Código Tributário Nacional. (SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 137, fev. 2007, p. 49-50).*

³⁵⁰ SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 137, fev. 2007, p. 48-49.

³⁵¹ SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 137, fev. 2007, p. 52.

logo, seria a aplicação, nos moldes do art. 50 do Código Civil, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na seara do direito tributário.³⁵²

O sacrifício da propriedade individual em prol do Estado, imposto pela tributação, justificaria o fato de o princípio da legalidade ter contornos muito rígidos no âmbito do direito tributário. Por isso, a necessidade de lei para determinar as condutas que ensejam o nascimento de obrigações tributárias e o sujeito passivo já excluiria a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, se não houvesse prévia autorização legal. Interpretação em sentido diverso conduziria, como salientado por Marçal Justen Filho, a um resultado incabível: a obrigação tributária seria atribuída a pessoa distinta daquela prevista pela lei ou a obrigação nasceria em decorrência de conduta que não está prevista na hipótese de incidência.³⁵³

A desconsideração somente seria admitida diante de prévia previsão legislativa. Eventual disfunção no âmbito do direito tributário não poderia ser resolvida com sacrifício à segurança social:

A consagração dos princípios da legalidade e da anterioridade da lei tributária são a grande evidência de que o direito tributário assumiu a proposta de que, no confronto entre os fins favoráveis ao Estado-Fisco e os fins favoráveis ao contribuinte, sempre prevalecerá a opção pelos últimos. [...] No direito tributário, a disfunção que acarrete, direta ou indiretamente, a frustração do interesse do fisco só pode ser combatida através do princípio da legalidade. E isso porque a disfunção nunca pode ser afastada com sacrifício da certeza e da segurança.³⁵⁴

Itamar Gaino defende, no entanto, que, tratando-se de desconsideração da personalidade jurídica, inexistindo regra de incidência específica, como se tem no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil ou em leis especiais, “*o fundamento é o princípio da boa-fé objetiva, que norteia todo o ordenamento jurídico e que não se compadece com o abuso de direito ou com a fraude*”³⁵⁵.

Por sua vez, Osmar Vieira da Silva³⁵⁶, fundamentando-se também no princípio da legalidade, defende que o instituto desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser aplicado se, além de previsão legal expressa, estiverem presentes os requisitos da fraude

³⁵² SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 137, fev. 2007, p. 52.

³⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 107-108.

³⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 115.

³⁵⁵ GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.219.

³⁵⁶ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-138.

ou do abuso de poder. Elenca, assim, alguns casos em que a desconsideração é autorizada no âmbito do direito tributário: hipótese prevista nos artigos 60 e seguintes do Decreto-lei nº 1.598/1977 e no Decreto-lei nº 2.065/1983³⁵⁷.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em diversas manifestações, reconheceu que o Código Tributário Nacional, através do art. 135, acolheu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. O Ministro Humberto Martins, em voto³⁵⁸ proferido no Agravo Regimental interposto no Agravo em Recurso Especial 100046, discorreu que a desconsideração é medida de caráter excepcional e somente pode ser aplicada nas hipóteses expressamente previstas pelo art. 135 do CTN. Posicionamento este também expressado nas ementas exemplificativamente colacionadas:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA PELO TOMADOR DO SERVIÇO. ART. 22, IV, DA LEI 8.212/91. ART. 135 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. "O legislador, ao exigir do tomador do serviço contribuição previdenciária de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, nos termos do art. 22, IV da Lei 8.212/91 (com a redação dada pela Lei 9.876/99), em nenhum momento valeu-se da regra contida no art. 135 do CTN, que diz respeito à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para que seus representantes respondam pessoalmente pelo crédito tributário nas hipóteses que menciona" (REsp 787.454/PR, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 23.08.2007).
2. Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp 670.423/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJE 14/05/2009)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. OFENSA AOS ARTS. 124 E 135 DO CTN. VERIFICADA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 557, DO CPC. APLICAÇÃO.

[...] (AgRg no AgRg no REsp 881.911/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 06/05/2009)

³⁵⁷ Tratam os diplomas normativos em questão das seguintes situações:

O que se procurou nesses casos foi desconsiderar a personalidade nos casos em que se pratica atos em que exista disfarçadamente a distribuição de lucro para o acionista controlador através de uma outra pessoa jurídica pertencente ao mesmo sócio, ou a interposição de uma pessoa jurídica entre o sócio controlador e a pessoa jurídica ou ainda quando o sócio tem interesse direto ou não nessa sociedade intermediária. (SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica**: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138).

³⁵⁸ Eis a lição do Ministro Humberto Martins:

A desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração da lei. (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20847651&sReg=201102281487&sData=20120321&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 julho 2012)

Nota-se que, apesar do art. 135 do CTN não guardar nenhuma relação com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, seja em seus requisitos, seja em seus efeitos, o STJ infelizmente firmou entendimento no sentido de que o mencionado dispositivo é expressão do instituto em questão, podendo, assim, ser utilizado para fundamentar medida de caráter tão excepcional.

Como já mencionado, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é necessária a prática de atos fraudulentos ou em abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, esta deve estar sendo utilizada com desvio de finalidade. Por outro lado, o art. 135 prevê simplesmente hipótese de responsabilização de terceiro por obrigação tributária. Ressalte-se ainda que afastada a personalidade jurídica da sociedade, o patrimônio pessoal de todos os sócios será atacado para satisfação do credor da pessoa jurídica. Em contrapartida, aplicado o dispositivo em questão do CTN, somente o patrimônio do sócio que detém poderes de gestão será atingido para pagamento do crédito tributário.

Em que pese o princípio da legalidade no direito tributário, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade poderia ser aplicada caso fosse fundamentada nas bases teóricas do instituto. Uma vez presentes os requisitos ensejadores do afastamento temporário e excepcional da personalidade, restaria configurada a possibilidade aplicação do instituto, ainda que a legislação tributária não consagrasse norma expressa neste sentido. Situação esta que já foi acolhida por nossos Tribunais. A *disregard doctrine* somente foi introduzida na seara do direito civil com o advento do novo Código. O revogado diploma de 1.916 não disponha de norma expressa sobre o instituto, o que, no entanto, não impediu sua aplicação pelos Tribunais.

Nestes moldes, ao se afastar no caso concreto e temporariamente a personalidade jurídica da sociedade, não se estaria classificando os sócios como sujeitos passivos da obrigação tributária, o que somente pode se dar mediante expressa previsão legal. Tratar-se-ia simplesmente de ataque ao patrimônio pessoal de sócios que integram sociedade que, em determinado momento, teve sua finalidade desviada.

9 A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO DO TRABALHO

A jurisprudência trabalhista, sem maiores questionamentos sobre a limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, firmou entendimento no sentido de que nos casos em que o patrimônio social não é suficiente para pagamento das indenizações de natureza trabalhista, o patrimônio pessoal dos sócios responderá por tais obrigações. Neste sentido é a conclusão de Jorge Lobo:

Jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho tem entendido ser aplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica à sociedade limitada como única forma de garantir os direitos dos empregados, conforme julgado no ROAR 545348, proferido pela Subseção II especializada em dissídios individuais, do TST, em 27.03.2001, tendo sido relatado pelo Ministro Ronaldo José Lopes Leal: “Responsabilidade Solidária – Sócio Cotista – Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Encerramento das atividades da sociedade sem quitação do passivo laboral. Em sede do direito do trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vêm-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (“disregard of legal entity”) para que o empregado possa, verificando a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém solidária e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados, visando impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos pela sociedade”.³⁵⁹

Tal posicionamento decorreria do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe que “*considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”. Como tais riscos são do empregador e não poderiam ser transferidos para o empregado, a responsabilidade social, quando da inexistência ou insuficiência de patrimônio necessário à satisfação de débitos de natureza trabalhista, estender-se-ia aos sócios integrantes da sociedade limitada. O empregado não poderia, em nenhuma situação, arcar com os prejuízos decorrentes da exploração da atividade econômica pelo empregador.

Apoiados também no art. 2º da CLT, alguns³⁶⁰ defendem que o direito do trabalho também admitiu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica quando dispôs no §2º do dispositivo em questão que:

³⁵⁹ LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades Limitadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p. 207-208.

³⁶⁰ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 36; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 172; JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 102.

Art. 2º [...]

§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Para João Casillo, tratar-se-ia de hipótese em que o instituto da desconsideração “*encaixa-se como a mão à luva*” ao dispositivo legal. Ao se levantar o “véu” de uma sociedade que, apesar de possuir personalidade jurídica distinta, mantém relação administrativa e econômica com outra, encontrar-se-ia interesses desta última também. Assim, não restariam dúvidas de que a personalidade jurídica da sociedade poderia ser afastada à luz do §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.³⁶¹

O objetivo seria evitar que personalidade jurídica da sociedade que contratou o trabalhador fosse utilizada para encobrir uma eventual vinculação deste com o grupo. Verificada, assim, nos termos do §2º, tal vinculação, a personalidade da sociedade contratante poderia ser desconsiderada e as sociedades integrantes do grupo seriam consideradas um único empregador. Prevaleceria, logo, o princípio da primazia da realidade³⁶²

No entanto, não se trata essa hipótese de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, mas de um exemplo típico de responsabilidade solidária pelo pagamento das obrigações trabalhistas³⁶³. E se a hipótese em questão trata de responsabilidade solidária não poderia “*ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de ferir tanto a natureza da responsabilidade solidária como a técnica da desconsideração*”³⁶⁴.

O dispositivo em questão trata da questão da responsabilidade por dívidas trabalhistas das sociedades que integram um grupo econômico. O §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não autoriza a responsabilização pessoal dos sócios de tais sociedades, através do afastamento da personalidade jurídica das mesmas. A desconsideração, com o objetivo de alcançar os bens dos sócios para pagamento de obrigações contraídas pela sociedade, somente pode se dar quando se verificar os pressupostos teóricos, ou seja, somente quando for verificada fraude ou abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

³⁶¹ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 528, outubro, 1979, p. 36.

³⁶² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 178-179.

³⁶³ MOURÃO, Gustavo César de Sousa. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In FIUZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 1 v. p. 147.

³⁶⁴ SILVA, Frederico Silveira e. A responsabilidade do sócio de sociedade limitada em relação às verbas de natureza trabalhista. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, n. 278, fev. 2007, p. 69.

A desconsideração no âmbito do Direito do Trabalho poderia ainda estar fundamentada na aplicação analógica do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor ou no art. 50 do Código Civil. Almir Pazzianotto Pinto alerta, entretanto, que essa aplicação analógica “*tem provocado situações constrangedoras e inaceitáveis, como a perseguição, apreensão e bloqueio de bens de antigos sócios e até de familiares e procuradores, em nome da necessidade de se saldar a dívida com o reclamante.*”³⁶⁵

Para o ex-ministro do Trabalho e ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, os casos conhecidos de desvios ilícitos de patrimônio e prejuízo aos ex-empregados não podem servir de justificativa para as atitudes arbitrárias, que acabam por exigir o ajuizamento das medidas cabíveis para evitar que o patrimônio de terceiros, que não fazem parte do litígio trabalhista, seja atingido. Lembra, ainda, que a falência, uma das hipóteses de desconsideração prevista pela legislação consumerista, nem sempre é produto de fraude. A sociedade poderia quebrar por motivos de mercado, independentes da boa-fé e da lisura dos sócios e administradores.

Mas apesar dos problemas apontados, Pazzianotto acredita que é possível a utilização das normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil nas execuções trabalhistas, desde que observados os princípios fundamentais, como o da ampla defesa e do devido processo legal. Caso contrário, o uso indiscriminado da desconsideração da personalidade jurídica poderia desestimular e, até mesmo, impedir transferências, aquisições e fusões de empresas, além de gerar um temor à contratação de empregados.³⁶⁶

E por fim, existem aqueles que defendem que o fundamento da desconsideração nas execuções trabalhistas seria a despersonalização do empregador, ou seja, sua impessoalidade na relação trabalhista. Neste sentido, são os ensinamentos de Maurício Godinho:

[...] a despersonalização do empregador tem despontado como importante fundamento para a *desconsideração do manto da pessoa jurídica*, em busca da *responsabilização subsidiária dos sócios integrantes da entidade societária*, em contexto de frustração patrimonial pelo devedor principal na execução trabalhista. Pela despersonalização inerente ao empregador, tem-se compreendido existir intenção da ordem juslaborativa em enfatizar o fato da organização empresarial, enquanto complexo de relações patrimoniais, imateriais e sujeitos jurídicos, independentemente do envoltório formal a presidir sua atuação no campo da economia e da sociedade. Com isso, a desconsideração societária, em quadro de frustração da execução da coisa julgada trabalhista, derivaria das próprias características impessoais assumidas pelo sujeito passivo no âmbito da relação de emprego.³⁶⁷

³⁶⁵ PINTO, Almir Pazzianotto. Agonia e morte da pessoa jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, ano IX, 15 de Janeiro, 2005. p. 30-31.

³⁶⁶ PINTO, Almir Pazzianotto. Agonia e morte da pessoa jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, ano IX, 15 de Janeiro, 2005. p. 32.

³⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 392-393.

O direito do trabalho afastaria os obstáculos jurídicos ou formais à tutela dos interesses dos empregados. A personalidade da sociedade, caracterizada pela separação do patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios, não poderia representar um sacrifício para o trabalhador. Assim, “*esse sacrifício, que não autoriza a desconsideração da personalidade societária no direito comum, é vedado quando se trate de relação empregatícia*”³⁶⁸. Ou seja, se a personificação da sociedade representar obstáculo ao direito do empregado, este sacrifício já autorizaria o afastamento da personalidade.

Não seria nem mesmo necessária expressa previsão legislativa quanto às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito do direito do trabalho. Bastaria apenas a necessidade de proteger o interesse do trabalhador para que o instituto fosse aplicado.³⁶⁹ Ou seja, verificada a possibilidade de sacrifício pelo trabalhador de algum direito que lhe é assegurado, já restaria justificada a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Nesta esteira, bastariam o inadimplemento do crédito de natureza trabalhista e a inexistência de patrimônio da sociedade para suportar a execução trabalhista para que a personalidade da pessoa jurídica fosse afastada. Alega-se³⁷⁰ que os créditos trabalhistas, por possuírem natureza alimentar, seriam privilegiados, possibilitando-se, assim, a aplicação do instituto dissociada de seus fundamentos teóricos.

No entanto, a desconsideração da personalidade calcada em parâmetros meramente objetivos como a simples inexistência de patrimônio do devedor principal na execução trabalhista, desvirtuaria por completo o instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Primeiro porque esse possui como requisitos a fraude ou o abuso de direito. E segundo, porque, como já demonstrado, não se pode impor aos sócios uma penalidade pelo insucesso da atividade econômica, pois, caso contrário, haveria um desestímulo ao

³⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 103.

³⁶⁹ Neste sentido, manifestou-se Marçal Justen Filho:

Nada impede, observe-se, a aplicação da teoria da desconsideração para outros casos, no direito do trabalho. Inexiste, certamente, necessidade de prévia definição legislativa. Portanto, poder-se-ão verificar casos de desconsideração unitária ou genérica, embora isso seja raro. Dependerá, apenas de adequação à necessidade de proteger o interesse maior, que é o do empregado. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 105).

³⁷⁰ Neste sentido manifestou-se Eduardo Milléo Baracat:

A desconsideração da personalidade jurídica quando se está diante da execução de crédito alimentar, como é o trabalhista, deve ser interpretado tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana como também o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pois estes princípios conformam os conceitos dogmáticos decorrentes do direito societário e do direito do trabalho aos valores prevalentes na sociedade brasileira (BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada empregadora: o problema do sócio minoritário. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 129, jan/mar. 2008, p. 63)

investimento em atividades econômicas produtivas. E foi justamente para incentivar tal prática que fora criada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação a seus membros, que parece ter sido negada na seara do direito do trabalho, assim como a limitação de responsabilidade dos sócios. O que foi retratado nas linhas anteriores não é a *disregard doctrine*.

Ademais, em que pese o fato de o empregado não poder arcar com os riscos inerentes à atividade econômica, não se pode olvidar, por outro lado, que a legislação societária estabelece limites e condições à responsabilização pessoal dos membros das sociedades, sobretudo daquelas caracterizadas justamente pela limitação de responsabilidade dos seus sócios.

A inobservância da limitação de responsabilidade dos sócios no tocante às questões trabalhistas acarreta um aumento nos custos de transação. Ou seja, o risco de eventual credor trabalhista alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, integrará o custo do produto ou serviço colocado no mercado, pois aquele que explora atividade econômica tem o claro objetivo de percepção de lucros. A possibilidade do patrimônio dos sócios ser atingida em decorrência do mero inadimplemento do crédito trabalhista causa ainda retração na oferta de emprego. A sociedade empresária empregadora ao cogitar eventual contratação leva em consideração o temor da responsabilização pessoal de seus sócios, sobretudo naquelas sociedades em que a atividade é exercida de forma regular, ou seja, sem a prática de atos abusivos ou fraudulentos em relação à sua autonomia patrimonial.

Mas, apesar de a CLT não elencar norma expressa que represente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não se poderia afirmar que o mesmo não seria aplicado no âmbito do direito do trabalho. Presentes os requisitos e fundamentos próprios e peculiares do instituto em questão, a personalidade da sociedade poderia ser afastada e o patrimônio de seus sócios atingido para a solução de débitos de natureza trabalhista.

Não há disciplina expressa, mas os trabalhadores, como já mencionado, gozam de vasta jurisprudência favorável à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empregadora.

O que não se deveria admitir, no entanto, é a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica na seara do direito do trabalho. No âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental, em que há expressa previsão legal para o afastamento da personalidade da sociedade quando esta for obstáculo à satisfação dos credores, já são grandes as discussões sobre a aplicação de critério objetivo dissociado da base teórica do instituto. No direito do trabalho, por sua vez, não há norma semelhante à prevista

no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 9.605/1998. Assim, ainda que se trate de crédito de natureza alimentar titularizado por um hipossuficiente, não haveria que se falar em teoria menor da desconsideração. Os sócios somente poderiam ser responsabilizados pessoalmente se a autonomia patrimonial da sociedade fosse utilizada para a prática de atos fraudulentos ou em abuso de direito, ou seja, somente diante do desvio de finalidade da sociedade.

Não se deveria cogitar a possibilidade de aplicação analógica e extensiva do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, vez que se trata de dispositivo inserido em diploma normativo específico, ou seja, de aplicação exclusiva às relações de consumo. O fundamento legal para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho poderia, no entanto, ser encontrado no art. 50 do Código Civil, que consagra normas gerais do sistema jurídico privado³⁷¹.

O dispositivo do diploma civil adotou claramente a teoria maior da desconsideração, ou seja, não bastaria a mera insuficiência ou inexistência de patrimônio necessário à satisfação dos débitos da sociedade para que sua personalidade fosse afastada. É necessário o desvio de finalidade da sociedade relacionado a sua autonomia patrimonial.

Uma vez afastada a personalidade jurídica da sociedade, o patrimônio pessoal de todos os sócios, e não somente do administrador ou do majoritário, é atingido para a satisfação dos créditos trabalhistas. Todos os sócios tornam-se pessoalmente responsáveis. Baracat³⁷² defende, no entanto, que o sócio majoritário ou o administrador por ele eleito deveriam responder ilimitadamente pelas dívidas trabalhistas e o sócio minoritário, por sua vez, deveria responder somente no limite das quotas sociais que integralizou. Tal distinção decorreria do fato de o minoritário não ter nenhum poder de gestão, prevalecendo a vontade no majoritário em todas as deliberações atinentes às questões da sociedade em que a lei não exige quórum

³⁷¹ Predomina o entendimento de que o Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito Privado. Neste sentido, posiciona-se Maurício Godinho:

Nesse debate teórico, o Direito do Trabalho já foi classificado como componente do Direito Público, por autores de distinta especialização jurídica. Prepondera, hoje, entretanto, a classificação do ramo jurtrabalhista no segmento do Direito Privado. Há autores, contudo, que consideram esse ramo jurídico inassimilável em um terceiro grande grupo de segmentos jurídicos, o Direito Social. (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 71-72).

Eis também o entendimento de Caio Mário:

[...] pertencem ao direito público o direito constitucional, direito administrativo, direito penal, direito processual civil, direito processual penal, o direito internacional público, o direito internacional privado; compõem o direito privado, o direito civil, direito comercial, direito agrário, direito aeronáutico e direito do trabalho. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14)

³⁷² BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada empregadora: o problema do sócio minoritário. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 129, jan/mar. 2008, p. 66-67.

qualificado. Assim, o risco assumido pelo majoritário, em razão do exercício da atividade econômica, não poderia ser o mesmo do sócio minoritário.

Nesta hipótese, o sócio minoritário de uma sociedade limitada que já tivesse integralizado todas as quotas que subscreveu não teria seu patrimônio pessoal atingido por eventual decisão judicial no sentido da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Somente o majoritário ou o administrador por ele eleito poderia, assim, ser responsabilizado pessoalmente pelas dívidas trabalhistas contraídas pela sociedade. Ocorre que, como já mencionado no Capítulo 5 do presente trabalho, a limitação subjetiva dos efeitos do afastamento da personalidade jurídica decorreria necessariamente de previsão legal, o que não ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro. A *disregard doctrine*, nos moldes como adotada no Brasil, não permitiria tal interpretação. Alcançaria, logo, todos os membros da sociedade indistintamente, sendo este entendimento já manifestado pela Justiça do Trabalho³⁷³.

Pode-se afirmar – apesar de não ser este o entendimento jurisprudencial – que, no âmbito do Direito do Trabalho, os sócios de sociedade limitada possuem responsabilidade restrita ao valor de suas quotas sociais. O limite imposto pelo art. 1.052 do Código Civil se aplica tanto aos débitos de natureza trabalhista como a todos os demais – decorrentes de outros ramos do direito. A exceção a tal limite somente se dá quando o capital social ainda não está completamente integralizado, situação em que os sócios responderão pessoalmente pelas dívidas sociais até o valor faltante para a total realização do capital social. Assim, de acordo com as normas de direito societário, se não existirem sócios remissos na sociedade limitada, responderão somente pelo valor de suas quotas.

Ressalvando-se, no entanto, a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica quando presentes os requisitos e condições para

³⁷³ AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DE SÓCIA MINORITÁRIA - Não se há de falar em violação do art. 93, IX, da Constituição da República, já que o Regional expressamente fundamentou a questão da responsabilidade do sócio minoritário, pelo que assentou que independentemente do percentual societário, não há como a ora Embargante eximir-se da sua responsabilidade em relação ao crédito da exequente-. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(AIRR - 33340-23.2002.5.01.0062, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. Data de Julgamento 10/10/2005, 3ª Turma, Data de Publicação 04/11/2005)

Mandado de segurança PREVENTIVO. PENHORA. BEM PARTICULAR. SÓCIO COTISTA MINORITÁRIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1. Mandado de segurança visando a evitar a consumação da penhora sobre bens particulares de sócio minoritário em execução de sentença proferida em desfavor de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cuja dissolução se deu sem o encaminhamento do debrato à Junta Comercial. 2. Em casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação aos estatutos sociais ou contrato social, o art. 28 da Lei nº 8.078/90 faculta ao Juiz responsabilizar ilimitadamente qualquer dos sócios pelo cumprimento da dívida, ante a insuficiência do patrimônio societário. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Recurso ordinário não provido.

(ED-ROMS - 478099-30.1998.5.02.5555, Relator Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento 04/04/2000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação 23/06/2000)

tanto, e não simplesmente diante da insuficiência de patrimônio da sociedade, ou seja, de sua insolvência. Interpretação em sentido contrário não goza de nenhum amparo legal, pautando-se simplesmente em critérios carregados de arbitrariedade.

10 A FALÊNCIA DA SOCIEDADE LIMITADA E A RESPONSABILIDADE DE SEUS SÓCIOS

O crédito sempre teve papel fundamental na vida econômica. Talvez assim se explique a preocupação constante do legislador em criar mecanismos, em sua maioria judiciais, que tentem solucionar o problema do inadimplemento das obrigações creditícias, sejam eles direcionados a execuções singulares ou coletivas ou ainda a acordos entre devedor e seus credores.

O estado de crise econômico-financeira de uma empresa é merecedor de especial atenção, uma vez que nela se concentram relações socioeconômicas. A crise de uma empresa é capaz de causar repercussões não somente no campo econômico. A produção e/ou circulação de bens e serviços, além de fonte de riquezas, também é imprescindível para a satisfação das necessidades sociais, seja através da geração de empregos, seja por meio da oferta de bens e serviços capazes de garantir a liberdade de escolha de consumidores e a livre concorrência entre os agentes econômicos. Propicia-se, assim, o aperfeiçoamento dos bens postos no mercado e o bem-estar social. São esses os fatores que justificam a intervenção do Estado na crise econômica e financeira das empresas.

A falência é um estado jurídico instaurado por uma sentença judicial. Regula a situação de insolvência jurídica do devedor, estabelecendo um tratamento paritário entre os credores de mesma classe do empresário em crise econômico-financeira. Nos termos do art. 1º³⁷⁴ da Lei 11.101/2005, aplica-se somente a empresários e às sociedades empresárias. Assim, somente a sociedade limitada empresária poderia ter a sua falência decretada.

Com a decretação da quebra da sociedade limitada empresária, os seus bens, após prévia arrecadação e avaliação pelo administrador judicial nomeado em sentença, serão realizados para pagamento dos credores sociais. Os bens arrecadados e realizados são os bens da própria sociedade com sócios de responsabilidade limitada, vez que seu patrimônio é garantia dos credores. Como regra, a falência se restringiria ao empresário devedor.

Ocorre que o art. 81³⁷⁵ da Lei 11.101/2005 estende os efeitos jurídicos produzidos pela decisão que decreta a falência aos sócios de responsabilidade ilimitada. Assim, se se tratar o

³⁷⁴ Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

³⁷⁵ Art. 81 A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

devedor falido de sociedade empresária em que os sócios possuem responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais, seus bens pessoais também serão arrecadados e liquidados para satisfação dos credores da sociedade. Poder-se-ia afirmar que tal dispositivo somente se aplicaria às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita, sendo ainda que em relação a estas somente incidiria sobre àquelas categorias de sócios que possuem responsabilidade ilimitada. Para tanto, tais sócios ainda deveriam integrar sociedades tidas como empresárias.

Os sócios de sociedade limitada não teriam, logo, os efeitos da decisão que decreta a falência da pessoa jurídica estendidos a eles. O art. 82 da mencionada lei estabelece, no entanto, que “*a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência [...]*”. A responsabilidade haveria, assim, de ser apurada em conformidade com o que é estabelecido no diploma de regência.

O Decreto-Lei 7.661/1945, revogado pela Lei Falimentar em vigor, estabelecia, em seu art. 6º³⁷⁶, somente a responsabilidade pessoal dos “gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”. Inovou, assim, a nova lei ao estender tal responsabilidade a todos os sócios da sociedade limitada. Quando da decretação da falência, a responsabilidade estabelecida nas respectivas leis não está mais restrita àqueles que exercem a administração. É imputada a todo e qualquer sócio que se enquadre nas hipóteses de responsabilização pessoal previstas no Código Civil, diploma que regulamenta as sociedades em questão.

O Código Civil, como já mencionado, estabelece que a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada é restrita ao valor de suas quotas. Mas, estabelece exceções a tal limitação: a) responsabilidade pela completa integralização³⁷⁷ do capital social (art. 1.052); b)

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

³⁷⁶ Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso ao disposto no art. 50, §1º.

Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o seqüestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade.

³⁷⁷ O revogado Decreto-Lei 7.661/1945, no que diz respeito à responsabilidade dos sócios pela integralização das quotas sociais que subscreveu, previa expressamente ação específica com vistas à cobrança do remisso. Eis o art. 50:

Art. 50. Os adicionais e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas, nos estatutos, ou no contrato da sociedade.

responsabilidade pela exata estimação do valor dos bens conferidos ao capital social (art. 1.055, § 1º) e c) responsabilidade pela contribuição, com seu voto, para a aprovação de deliberação infringente³⁷⁸ da lei ou do contrato social (art. 1.080). Assim, decretada a falência da sociedade limitada empresária, seus sócios responderiam com seu patrimônio pessoal nas hipóteses previstas no próprio Código Civil.

Gustavo Saad Diniz defende, no entanto, que a responsabilidade do sócio de sociedade limitada não se restringiria às exceções à limitação de responsabilidade dos sócios previstas no Código Civil. Decretada a falência, a responsabilidade poderia ser apurada em decorrência de previsão em qualquer legislação especial que fundamentasse tal responsabilização, bem como em razão da prática de qualquer ato ilícito:

Tal dispositivo [art. 82] determina que os sócios terão sua responsabilidade apurada no juízo da falência, mas vinculando a dois importantes fatores, que são a existência de legislação especial que fundamente conduta específica de sócios, administrador ou controlador e o efetivo “dano provocado” por essas pessoas. Assim, a regra menciona aplicação de sistema de responsabilidade, a ser apurada no juízo da falência e com suporte em regras como do art. 186 do CC, arts. 10, 117, 158 e 201, §1º, da LSA. Já em relação aos arts. 134 e 135 do CTN, continua a tramitação autônoma do processo de execução fiscal, sem atração da matéria para o juízo universal da falência.³⁷⁹

A presunção de insolvência, fator determinante da quebra do devedor, restringe-se somente ao titular da atividade empresária, ou seja, à sociedade limitada. Assim, a extensão dos efeitos jurídicos da falência aos sócios da sociedade limitada somente ocorreria, nos termos do art. 82 da Lei 11.101/2005, após comprovação de irregularidades. Não se trataria de uma responsabilização de plano, como a imputada aos sócios de responsabilidade ilimitada – já definida pela própria sentença que decreta a falência da sociedade. Tratar-se-ia, logo, bem como as demais hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada já tratadas, de situação excepcional de invasão ao patrimônio particular dos membros da pessoa jurídica³⁸⁰.

1º A ação para integralização pode ser proposta antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo, sem necessidade de aprovar-se a insuficiência deste para o pagamento do passivo da falência.

2º A ação pode compreender todos os devedores ou ser especial para cada devedor solvente.

³⁷⁸ Carlos Klein Zanini cita o seguinte exemplo:

[...] podendo ser apontada, a título exemplificativo, a obrigação de reposição dos dividendos e quantias retiradas da sociedade em detrimento do capital social (art. 1.059 do CC). (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 349)

³⁷⁹ DINIZ, Gustavo Saad. Falência e problemas de desconsideração de personalidade jurídica. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, fevereiro 2010, p. 11.

³⁸⁰ DINIZ, Gustavo Saad. Falência e problemas de desconsideração de personalidade jurídica. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, fevereiro 2010, p. 12.

A responsabilidade pessoal do sócio deverá, assim, ser apurada em ação ordinária própria a ser processada no juízo da falência, em razão de sua força atrativa. Esta responsabilização, que, como mencionado, dar-se-á nas hipóteses previstas no Código Civil, será apurada independentemente da realização do ativo da sociedade e da verificação de existência de patrimônio social suficiente para a satisfação dos credores. Assim, os bens dos sócios poderiam ser atingidos para pagamento das obrigações sociais antes mesmo de se verificar se o ativo da sociedade é suficiente ou não ao adimplemento das dívidas sociais.

Prevê ainda o dispositivo em questão da lei 11.101/2005 a possibilidade de o juiz da falência, de ofício ou diante de requerimento de um interessado, decretar a indisponibilidade dos bens particulares dos sócios até o julgamento final da ação de responsabilidade (§2º do art. 82).

A indisponibilidade, entretanto, deve incidir somente sobre os bens dos sócios e se limitar à quantidade compatível com o dano provocado. Não poderia, assim, incidir sobre os frutos dos bens, alcançando eventuais aluguéis. Este foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas a respeito da interpretação a ser dada ao §2º do art. 82 da Lei. 11.101/2005. O dispositivo em questão deveria ser interpretado de forma restritiva, sob pena de afronta ao direito de propriedade:

PROCESSUAL CIVIL - EMPRESARIAL - FALÊNCIA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL - DESVIO DE FINALIDADE - CONFUSÃO PATRIMONIAL - DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS ADMINISTRADORES DA SOCIEDADE FALIDA - USO E FRUIÇÃO. 1. A indisponibilidade de bens dos sócios do falido não alcança os frutos civis provenientes de aluguéis daqueles imóveis. 2. Não cabe à instância revisora apreciar o pedido atinente ao levantamento de valores recebidos pela massa falida, em razão da decisão recorrida, quando a questão sequer foi submetida ou decidida pelo i. Juízo ""a quo"". 3. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento Cv 1.0223.11.001292-7/001, Rel. Des.(a) Edgard Penna Amorim, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 23/03/2012)³⁸¹

Ressalte-se ainda que a indisponibilidade dos bens de sócios de sociedade limitada deve ser tida como medida excepcional, justamente pela limitação de responsabilidade que a eleição do tipo societário em questão deveria lhe garantir. A responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada, como já mencionado, somente deveria ocorrer em situações excepcionais expressamente previstas em lei. Ademais, como a indisponibilidade em questão pode se dar antes mesmo da verificação da existência de patrimônio social suficiente para a

³⁸¹ Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=4AB66435593118A7153676D88CFFC1AF.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinha=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.11.001292-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 nov.2012.

satisfação dos credores, é possível que tal constrição ocorra no bojo de uma falência posteriormente tida como superavitária. Eis justificativas para uma interpretação restritiva do §2º do art. 82 da Lei de Falências.

Incidentalmente ao processo falimentar, a jurisprudência³⁸² admite ainda a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora. Gustavo Saad Diniz defende que com a quebra da sociedade empresária sua personalidade jurídica é extinta e há o surgimento da massa falida, ente classificado pela teoria clássica como despersonalizado. O afastamento da personalidade não poderia, assim, ser imposto após a sentença de falência, vez que a própria existência da sociedade e, conseqüentemente, a sua personalidade jurídica já estariam comprometidas. Não haveria como se afastar personalidade jurídica que já se extinguiu. Resolve a questão afirmando que “*assim sendo, a desconsideração da personalidade jurídica é retroativa ao período em que a sociedade manteve a sua atividade*”³⁸³.

³⁸² PROCESSUAL CIVIL E DIREITO COMERCIAL – FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS EFEITOS – COMPROVAÇÃO DE FRAUDE – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – RECURSO ESPECIAL – DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA – NATUREZA JURÍDICA – NECESSIDADE DE IMEDIATO PROCESSAMENTO DO ESPECIAL – EXCEÇÃO À REGRA DO ART. 542, § 3º DO CPC - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.

I – Não comporta retenção na origem o recurso especial que desafia decisão que decreta a falência. Exceção à regra do §3º, art. 542 do Código de Processo Civil.

II – O dissídio pretoriano deve ser demonstrado mediante o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmáticos.

Inobservância ao art. 255 do RISTJ.

III – Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados.

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 211619/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2001, DJ 23/04/2001, p. 160).

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=211619&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=31#>>.

Acesso em: 17 novembro 2012.

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FALÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS. MEDIDA ADOTADA POR AMBOS OS ÓRGÃOS JUDICIAIS. PREVALÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. SÚMULA N. 59-STJ. DECISÃO DECLARATÓRIA DA COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

I. Havendo decretação da desconsideração da personalidade jurídica da falida/executada por mais de um órgão judicial, prevalece a decisão do Juízo falimentar, com a conseqüente arrecadação dos bens dos sócios, deve o cumprimento de sentença ser processado perante o Juízo universal.

II. O trânsito em julgado a que se refere a Súmula n. 59-STJ é da ação, não da decisão declaratória da competência.

III. Agravo regimental improvido.

(AgRg no CC 111.058/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 27/09/2010). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fal%EAncia+e+desconsidera%E7%EB3o+da+personalidade+jur%EDdica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=17#>>>.

Acesso em: 17 novembro 2012.

³⁸³ DINIZ, Gustavo Saad. Falência e problemas de desconsideração de personalidade jurídica. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, fevereiro 2010, p. 16.

Ocorre que, em pese o posicionamento de Gustavo Saad Diniz, a personalidade jurídica da sociedade empresária não é extinta com a sentença de falência. Nem mesmo o encerramento do processo falimentar culmina com a extinção da personalidade da sociedade falida.

A inabilitação do falido para o exercício da atividade empresária não se confunde com a extinção de sua personalidade jurídica. A sentença que extingue suas obrigações é marco final do período de inabilitação do falido. Assim, com a sentença de extinção das obrigações e o fim da inabilitação, o falido poderá voltar a exercer a atividade empresária, requerendo antes ao juiz da falência que proceda à anotação, nos termos do parágrafo único do art. 102 da Lei 11.101/2005, de tal fato em seu registro na Junta Comercial. Logo, não se pode afirmar que a personalidade jurídica da sociedade restaria comprometida com a decretação de sua falência.

Assim, presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, preenchidos à época em que a sociedade ainda explorava atividade econômica, o patrimônio pessoal dos sócios poderia, em decorrência de decisão judicial incidental aos autos do processo falimentar, responder pelas obrigações contraídas pela sociedade. Como a desconsideração da personalidade não³⁸⁴ se fundamentaria no art. 82 da Lei 11.101/2005, não seria necessário um procedimento ordinário.

O afastamento da personalidade jurídica da sociedade no âmbito do processo falimentar não acarretará, no entanto, a falência de seus sócios. O art. 81 da Lei 11.101/2005 prevê a extensão da falência da sociedade a seus sócios, ou seja, a quebra destes, somente na hipótese em que estes tiverem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. Não se aplicando, assim, aos sócios de sociedade limitada. Estes poderiam ter seu patrimônio pessoal atingido para pagamento de dívidas sociais em decorrência da aplicação do art. 82 da mencionada Lei ou da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Mas, não seriam considerados, falidos. O afastamento da personalidade jurídica da sociedade não teria o condão para tanto, ainda que todos os bens pessoais dos sócios forem arrecadados no juízo falimentar.

Nem mesmo a incidência do art. 82 seria capaz de acarretar a falência dos sócios de sociedade limitada. Neste sentido manifestou-se Romeu Ricupero:

³⁸⁴ Júlio Kahan Mandel, ao comentar o art. 82, manifesta-se em sentido contrário: *[...] outra modalidade de responsabilizar os sócios, os acionistas ou os diretores da empresa pelas dívidas da sociedade é a chamada desconsideração da personalidade jurídica da falida, que, com base neste artigo, somente poderá ocorrer em procedimento ordinário, com ampla possibilidade de defesa para os réus.* (MANDEL, Júlio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153).

Na doutrina nacional, não há quem defenda que a falência da sociedade, sem sócios de responsabilidade ilimitada, também acarrete a falência dos sócios, ou seja, fora da hipótese do art. 81 da Lei nº 11.101/2005, e sim, como é evidente, todos são unânimes em ponderar que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil (art. 82 da Lei nº 11.101/2005).³⁸⁵

A decretação da falência dos sócios de responsabilidade ilimitada, por sua vez, é alvo de diversas críticas, especialmente por acarretar a quebra de pessoas que não são empresárias, ou seja, os sócios da sociedade devedora não são necessariamente empresários. Assim, o disposto no art. 81 da Lei Falimentar poderia implicar em literal afronta ao art. 1º do mencionado diploma, que estabelece de forma expressa que o instituto da falência só se aplica àqueles que exercem atividade econômica empresarial. Aos sócios com responsabilidade ilimitada dever-se-ia somente incidir os efeitos patrimoniais decorrentes da quebra da sociedade da qual detém parcela do capital social. O seu *status* não deveria ser alterado.

No âmbito do processo falimentar, os sócios de sociedade limitada poderiam, assim, ser responsabilizados pessoalmente em decorrência da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica – quando presentes os requisitos para tanto – e na hipótese prevista do art. 82 da Lei 11.101/2005. Ressalta-se que o mencionado dispositivo impõe uma restrição. À medida que prevê que a responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada é a “*estabelecida nas respectivas leis*”, está limitando tal responsabilização àquela prevista especificamente na legislação de regência de cada tipo societário caracterizado pela limitação de responsabilidade de seus membros. Como a legislação de regência das sociedades limitadas é o Código Civil, o alcance dos bens pessoais de seus sócios no âmbito do processo falimentar estaria, assim, circunscrito às hipóteses excepcionais previstas neste diploma.

A aplicação do mencionado dispositivo restaria, logo, limitada a estas hipóteses. O que, no entanto, não impediria a responsabilidade pessoal dos membros da sociedade por dívidas de outra natureza, como a fiscal, por exemplo. Não poderia, no entanto, nessas situações, o ataque ao patrimônio particular dos sócios estar fundamentado na incidência do art. 82 da Lei de Falências.

³⁸⁵ RICUPERO, Romeu. A falência da sociedade não atinge o sócio da sociedade limitada ou controlador da sociedade anônima. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; et al (coords). **Direito processual empresarial**: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 835.

11 A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERANTE OS CREDORES NEGOCIAIS DA SOCIEDADE LIMITADA

Os credores negociais são aqueles que possuem a oportunidade de avaliar os riscos de uma contratação com a sociedade limitada. Os credores não negociais, por seu turno, mantêm com a sociedade uma relação jurídica *ex lege* ou *ex delicto*. Por isso, não possuem a oportunidade de avaliar os mencionados riscos. É o caso, por exemplo³⁸⁶, dos credores trabalhistas, tributários e daqueles que detêm créditos decorrentes da prática de atos ilícitos. Tais credores, por este motivo, gozam de tratamento legal específico, como analisado nos capítulos anteriores.

Quanto à administração, tem-se que, com o advento do Código Civil de 2.002, a sociedade limitada pode ser administrada tanto por sócio(s) como por terceiro(s) estranho(s) ao quadro social, que serão designados no próprio contrato social ou em ato apartado resultante de deliberação em assembleia ou reunião de sócios. A designação de administrador não sócio dependerá, no entanto, de aprovação da unanimidade dos sócios, se o capital social ainda não estiver completamente integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, caso o capital já estiver todo realizado (art. 1.061 do CC/02).

O administrador não é representante da sociedade. A pessoa jurídica não é incapaz, não se justificando assim uma representação legal ou convencional. Quando o órgão administrativo age, está manifestando a vontade da própria sociedade. Por isso, Marlon Tomazette afirma que:

Quando o órgão age, quem age é a pessoa jurídica; por meio do órgão que se faz presente a vontade da pessoa jurídica, daí se falar que o órgão é o representante da pessoa jurídica e não seu representante. O Professor Rubens Requião lança mão de uma analogia extremamente clara na definição de tal natureza, ao afirmar que “o órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa física.”³⁸⁷

Parte da doutrina³⁸⁸ posiciona-se no sentido de que o administrador da sociedade limitada deve ser uma pessoa natural, fundamentando-se no §2º do art. 1.062 do Código Civil,

³⁸⁶ Eis os exemplos dados por Fábio Ulhoa:

*Diferentemente, por outro lado, é a situação dos credores não negociais, aqueles que não têm meios de formar seus preços, agregando-lhes qualquer taxa de risco. Falo do fisco, trabalhadores e titulares do direito de indenização (inclusive o consumidor). [...] (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 403.*

³⁸⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1, p. 354-355.

³⁸⁸ Neste sentido, manifesta-se Gladston Mamede:

Embora pessoas jurídicas possam ser sócios de uma sociedade, apenas seres humanos (ditos pessoas naturais ou pessoas físicas) podem administrá-la, já que se fazem necessários não só atos físicos, mas igualmente

que estabelece que o administrador, nos dez dias seguintes ao da investidura no cargo, deve requerer a averbação de sua nomeação no órgão competente. Para tanto deverá mencionar seu nome, nacionalidade, estado civil e residência e exibir seu documento de identificação e o ato de nomeação. Nota-se que os dados da qualificação exigida pelo dispositivo em questão são característicos das pessoas naturais. Pessoa jurídica não possui estado civil e residência, nem tampouco documento de identidade.

O inciso VI do art. 997 do Código Civil, cuja incidência no campo das sociedades limitadas é fixada pelo art. 1.054, determina que o contrato social, além de elencar as cláusulas fixadas pelos próprios sócios, deverá ainda fazer menção às pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, bem como aos poderes que lhe foram conferidos. Tal determinação legal só corroboraria o posicionamento de que pessoas jurídicas não poderiam ser nomeadas administradoras de sociedades limitadas.

José Waldecy Lucena defendia ainda sob a vigência do Decreto 3.708, omissos quanto à questão em tela, que, *de lege ferenda*, a administração somente poderia ser conferida a pessoas naturais. Como prevalecia no âmbito das sociedades anônimas o posicionamento de que somente pessoas naturais poderiam administrar esta espécie societária classificada como de capital, não haveria fundamento para que adotasse em relação às sociedades por quotas critério diverso, pois tais sociedades eram tidas como mistas. Guardariam características das sociedades de pessoas e das sociedades de capital. Ademais, o exercício da administração seria pessoal e acarretaria a quem a exercesse responsabilidade civil e penal.³⁸⁹

Por outro lado, com o advento do Código Civil em vigor, verificou-se que não existiam motivos que pudessem justificar a negativa da administração conferida a uma pessoa jurídica. Interpretação em sentido contrário criaria, através de uma interpretação ampliativa, incapacidade para o exercício da função administrativa, o que não seria possível em decorrência de as normas referentes à capacidade só comportarem interpretação restritiva.³⁹⁰

Assim, como o art. 1.060 do CC/02 prevê que a sociedade pode ser administrada por sócio ou por não sócio, sem, no entanto, distinguir pessoas naturais e pessoas jurídicas, há aqueles³⁹¹ que defendem que não há obstáculo legal à administração da sociedade limitada por

compreensão da realidade e expressão da vontade, que se fará em nome da sociedade, a quem o administrador representará. [...] (MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 105)

³⁸⁹ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 414-415.

³⁹⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 415.

³⁹¹ Neste sentido, Marlon Tomazette:

Apesar de toda a conotação de alguns dispositivos no sentido de apenas pessoas físicas serem nomeadas, compartilhamos a opinião de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, no sentido de ser possível a nomeação de pessoa jurídica administradora de uma sociedade limitada, em especial por não haver nenhuma restrição específica.

uma pessoa jurídica. O art. 997, inserido no capítulo do Código Civil que regulamenta as sociedades simples, somente se aplicaria às sociedade limitadas “*com as adaptações próprias do respectivo regime jurídico – ou, mais precisamente, por fidelidade ao seu texto, “no que couber”*”³⁹². Se o art. 1.060 simplesmente enuncia que a sociedade limitada pode ser administrada por sócios ou não sócios, o inciso VI do art. 997 deveria somente de adequar a tal disposição. Por fim, o §2º do art. 1.062 estaria se referindo à pessoa natural que, representando a pessoa jurídica nomeada administradora, iria exercer de fato a gestão da sociedade.

Independentemente de o administrador nomeado ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, sócio ou não sócio, dúvidas não restam de que tal pessoa responde pelos atos irregulares de gestão que praticar, devendo, por isso, sua atuação se pautar nos deveres de diligência, lealdade e cuidado, bem como nos limites impostos pela lei e pelo contrato social.

A sociedade somente poderia ser responsabilizada pelos atos praticados pelo administrador que estiverem nos limites dos poderes que lhe foram conferidos. Eis que o art. 1.064 do Código Civil estabelece que o uso da firma ou da denominação, ou seja, do nome empresarial, é privativo dos administradores que tenham poderes para tanto. Poderes estes que são fixados pelo contrato social ou pelo ato em separado que designa o administrador. Daí a necessidade do registro e/ou averbação no órgão competente de tais instrumentos. É o registro que garantirá a publicidade da extensão dos poderes conferidos aos administradores, permitindo que aqueles que almejam celebrar determinado negócio jurídico com a sociedade possam ter conhecimento a respeito da possibilidade de celebração do pacto de forma regular. Só assim, sobretudo nas negociações de maior vulto, poderá o terceiro verificar se o administrador possui os poderes necessários à celebração do negócio jurídico em questão.

Ocorre que o art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil – dispositivo inserido no capítulo que regulamenta as sociedade simples – estabelece que o excesso dos

(TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.1, p. 357).

Na mesma esteira posiciona-se Ricardo Negrão:

No Código Civil se estabelece a possibilidade de nomeação de estranho ao quadro social para as funções de administrador, por aprovação unânime dos sócios, quando o capital não estiver integralizado, e, após a integralização, por três quartos do capital social, não lhes sendo vedada a assunção dessas responsabilidades por parte de pessoa jurídica. (NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 403)

Eis também a manifestação de Alfredo de Assis Gonçalves:

A sociedade limitada pode ser administrada por pessoa jurídica que seja sua sócia ou não, devendo, nesse caso, ser designada a pessoa natural que irá, em seu nome, exercer de fato a administração. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338)

³⁹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

administradores somente pode ser oposto a terceiros pela sociedade se: a) a limitação de poderes estiver inscrita no órgão de registro competente, b) for provado que tal excesso era conhecido do terceiro ou, c) se tratar de operação estranha ao objeto social, ou seja, aos negócios da sociedade.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto³⁹³ ressalta a distinção existente entre os atos com abuso de poder e os atos com excesso de poder. Os primeiros referem-se àqueles atos praticados fora do objeto social eleito pela sociedade. Assim, se o administrador pratica ato fora do objeto que a sociedade se propôs a realizar, estará praticando um ato com abuso de poder. E seria em torno destes atos que gravitaria a teoria dos atos *ultra vires*, “segundo a qual a capacidade de obrigar-se da pessoa jurídica só existe enquanto ela atua em busca dos fins para os quais foi constituída”³⁹⁴. Por outro lado, os atos praticados com excesso de poder são aqueles que se encontram no âmbito de atuação da sociedade, ou seja, praticados em conformidade com o objeto social, mas que excedem os limites impostos para a atuação dos administradores. Nesta última situação haveria a prática de atos em desconformidade com os poderes que foram conferidos ao administrador, e não a prática de atos estranhos ao objeto social. Por isso, não se poderia falar em atos *ultra vires*.

O Código Civil, no parágrafo único do art. 1.015, não faz tal distinção, considerando excesso por parte dos administradores tanto os atos praticados fora dos poderes que lhe foram conferidos, bem como os atos estranhos ao objeto social da social, ou seja, aos “negócios da sociedade”. Nenhum deles, presente qualquer das situações elencadas, vincularia a sociedade, o que, para Alfredo de Assis, afrontaria a realidade dos negócios em massa, privilegiando o formalismo do registro em detrimento daqueles terceiros de boa-fé que contratam com a sociedade³⁹⁵.

Assim, se a sociedade limitada for regida supletivamente pelas normas atinentes às sociedades simples, o excesso de poder somente evitará a responsabilização da sociedade se presente qualquer uma das hipóteses acima mencionadas. Na ausência de qualquer uma delas, a sociedade se vinculará pelo ato praticado pelo administrador, ainda que com excesso de poder. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de agir a sociedade contra o administrador. De qualquer forma, não poderá se valer do excesso de poder do administrador para se exonerar de responsabilização perante terceiros, se não estiver presente qualquer uma das situações

³⁹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 213.

³⁹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 213.

³⁹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 214.

previstas no art. 1.015 do Código Civil. Por outro lado, presentes qualquer uma das hipóteses enumeradas pelo dispositivo em questão, é o administrador que se vinculará, responsabilizando-se perante os terceiros com quais foi celebrado negócio jurídico.

Ressalte-se ainda que, caso o contrato social ou o ato em separado de nomeação do administrador não estabeleça expressamente a limitação dos poderes que foram conferidos ao administrador, reputa-se que este está investido em todos³⁹⁶ os poderes ordinários de gestão (art. 1.015, *caput*, do CC/02).

O art. 1.016 prevê ainda que o administrador responderá perante a sociedade e terceiros pelos danos que causar, decorrentes dos atos que praticar com culpa ou dolo no exercício de suas funções. A regra é a responsabilização da sociedade pelos atos praticados pelo administrador, pois, como já mencionado, este só manifesta a vontade da sociedade, ou seja, quando age é a própria sociedade que está agindo. Não representa o administrador a sociedade, mas a apresenta. É a sociedade que se vincula e responde pelos atos que seu administrador praticar, ressalvada a configuração de uma das situações previstas no parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil.

Se o administrador, no entanto, no exercício de suas funções agir dentro dos poderes que lhe foram conferidos e do objeto social explorado pela sociedade, mas com culpa ou dolo, será responsabilizado solidariamente³⁹⁷ perante a própria sociedade e os terceiros prejudicados. Agindo, assim, o administrador de forma culposa, além de vincular a sociedade ao ato praticado, responsabilizando-a perante terceiros, responderá pessoalmente pelos

³⁹⁶ Eis os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

O limite de atuação do administrador estava e continua no objeto social. A regra é o administrador ter ampla liberdade e flexibilidade para agir na realização dos fins sociais. Afinal, ele é escolhido para fazer a sociedade funcionar e é preciso que o faça sem embaraços, com a agilidade possível. Por isso, todos os atos que digam respeito à consecução dos fins sociais, ainda que de modo indireto, podem ser praticados pelo administrador, se não houver vedação legal ou cláusula contratual limitativa. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211)

³⁹⁷ A responsabilidade é solidária somente naquelas hipóteses em que há administração com poderes solidários, ou seja, quando todos os administradores possuem individualmente todos os poderes necessários à gestão da sociedade. Eis a lição de Alfredo de Assis:

Não haverá responsabilidade solidária, porém, na administração disjuntiva, onde cada administrador tem poderes específicos e independentes. É que, aí, o ato de um não pode ser atribuído ao outro ou aos outros por não se inserir entre os compreendidos “no desempenho de suas funções”. Só quem está ou pode estar no exercício das funções é que é apanhado pela solidariedade. [...] (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217)

Gustavo Saad Diniz, por sua vez, defende que a responsabilidade do administrador é solidária com a sociedade perante terceiros:

[...] responderá o administrador perante terceiros, ilimitadamente e de forma solidária com a pessoa jurídica, além da reparação de danos perante a sociedade. (DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abril/junho 2004, p. 46).

prejuízos que causar a estes terceiros e à sociedade. A culpa, entretanto, não é presumida, devendo ser demonstrada pelos prejudicados:

[...] A culpa a que se refere a norma não se presume e precisa ser inconcussamente demonstrada. Nesse ponto, é preciso ponderar que administrar uma sociedade envolve riscos; se o administrador não os correr, não será um bom administrador. Por isso, na determinação da culpa, em qualquer de suas manifestações (*in eligendo*, *in vigilando*, por imprudência, negligência ou imperícia), com ou sem dolo, é preciso muita cautela para não inviabilizar o exercício dessa nobre profissão. É indispensável, na verificação da conduta do administrador, analisar sua postura profissional no cumprimento das suas obrigações, comparando-a com aquela que outra pessoa em igual posição normalmente faria se estivesse em seu lugar.³⁹⁸

A adoção da teoria *ultra vires* pelo Código Civil não está em consonância com a tendência mundial de aplicação da teoria da aparência e conseqüente proteção dos terceiros de boa fé. Impor a terceiros a tarefa de solicitar daquele que se apresenta como administrador a exibição do contrato social, sobretudo nos dias atuais em que predominam as relações em massa, seria uma exigência demasiadamente desproporcional. Dever-se-ia privilegiar a boa fé de terceiros, que contrataram acreditando na regularidade dos poderes do administrador. A sociedade e seus membros, que não escolheram bem o administrador, não poderiam ser beneficiados em detrimento da tutela dos interesses do terceiro de boa fé.³⁹⁹

Na mesma esteira da regra do direito societário que estabelece que o administrador não responde pelas obrigações que contrair, no exercício de suas atribuições de gestão, em nome da sociedade, a Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976) ressalva as situações excepcionais em que o administrador responderá pelos prejuízos que causar. Será responsabilizado quando: a) agir dentro dos poderes que detém, mas com culpa ou dolo e; b) praticar atos com violação da lei ou do estatuto. Tratam-se, logo, de hipóteses de atos irregulares de gestão (art. 158 da Lei 6.404/1976).

Assim, se se tratar de sociedade limitada sujeita a regência supletiva das normas das sociedades anônimas, poder-se-ia afirmar que a sociedade limitada responderia perante terceiros ainda que o administrador tivesse exorbitado os poderes que lhe houvessem sido conferidos. Não poderia a sociedade opor a terceiros o excesso praticado pelo administrador, mesmo que a limitação de seus poderes estivesse devidamente inscrita no órgão de registro competente. À sociedade somente restaria se voltar contra o administrador, através do ajuizamento de ação de responsabilidade (art. 159 da Lei 6.404/1976).

³⁹⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217.

³⁹⁹ TOMAZETTE, Marlon. A infeliz adoção da teoria dos atos *ultra vires* no direito brasileiro. **Revista Index Jur**, n. 0, setembro, 2011, p. 39. Disponível em <<http://www.indexjur.com.br/zero/numerozero.pdf>>. Acesso em: 12 setembro 2012.

Questão objeto de discussão doutrinária refere-se à aplicação da teoria dos atos *ultra vires* às sociedades anônimas, pois o art. 158 da Lei 6.404/1976 não trata dos negócios estranhos ao objeto social estatutariamente delimitado. O que é de suma importância também às sociedades limitadas regidas supletivamente pelas normas atinentes às sociedades anônimas. A Lei das Sociedades Anônimas prevê a responsabilização do administrador que agir com violação da lei ou do estatuto – e poder-se-ia afirmar que a violação do objeto social constitui violação do estatuto –, sem afastar, no entanto, a responsabilidade da sociedade ou se manifestar sobre a validade⁴⁰⁰ do ato praticado. A Lei somente imputou responsabilidade ao administrador, silenciando quanto à questão dos efeitos do ato *ultra vires*.

Assim, tratando-se de sociedade anônima e sociedade limitada sujeita à regência supletiva das normas atinentes àquela sociedade, o ato *ultra vires* seria válido e eficaz, respondendo a sociedade perante terceiros. O administrador que praticou o ato responderia, no entanto, perante a sociedade.

Há, entretanto, posicionamentos em sentido contrário, Frederico Augusto Monte Simionato defende que tanto o Código Civil como a Lei das Sociedades por ações (Lei 6.404/1976) excluem a responsabilidade da sociedade perante terceiros por atos praticados com excesso de poder e por atos *ultra vires*, ou seja, fora do objeto social da sociedade. Aquele terceiro que não foi diligente na verificação no contrato social das questões referentes ao objeto social e aos poderes que foram conferidos ao administrador poderia se voltar somente contra o próprio administrador. Não teria ação contra a sociedade:

Nos termos da Lei 6.404/76 e do Código Civil de 2002, os atos praticados em *ultra vires* e os atos praticados com violação dos poderes definidos no contrato social não obrigam a sociedade perante terceiros. O administrador, como órgão social, somente pode obrigar a sociedade por atos considerados válidos pelo próprio contrato social e dentro dos limites do objeto social pelo qual a sociedade foi devidamente constituída e teve seu contrato arquivado e registrado. Por conseguinte, desde que o contrato social foi devidamente arquivado no Registro das Empresas, e pela publicidade desse ato, há presunção absoluta de seu conhecimento da parte do terceiro contratante.⁴⁰¹

Assim, independentemente das feições da sociedade limitada, sendo ela de capital ou de pessoa, ou sujeita à regência supletiva das normas de sociedade simples ou sujeita à regência das normas de sociedade anônima, a sociedade não responderia pelos atos praticados pelo administrador com excesso de poder ou fora do objeto social da sociedade. O

⁴⁰⁰ De acordo com a teoria dos atos *ultra vires*, os atos do administrador praticados fora do objeto social – delineado pelo ato constitutivo da sociedade – seriam considerados inválidos, ou seja, nulos. Por este motivo, a sociedade não seria responsável pelos atos estranhos ao seu objeto social.

⁴⁰¹ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.1, p. 670.

fundamento para tal exclusão de responsabilidade, salienta Simionato, repousaria no art. 1.015, 1.018, 1.022, 1.060, 1.062 e 1.064 do Código Civil em vigor e no art. 158, II da Lei 6.404/1976. O administrador ainda seria responsável perante a sociedade se agisse com culpa ou dolo, devendo na ação de responsabilização “*existir, para fins de comprovação da responsabilidade do administrador, vínculo entre a causa petendi e a inobservância do administrador aos seus deveres legais e estatutários*”.⁴⁰²

No direito português, a sociedade por quotas, caracterizada pelo fato de somente o patrimônio social responder pelas dívidas contraídas pela própria sociedade, também não se vincula pela atuação do administrador que exceda seu objeto social, ou seja, pelos atos que não guardam relação de instrumentalidade com o objeto. Para tanto se deverá provar que o terceiro com o qual foi celebrado negócio jurídico sabia das limitações de poderes decorrentes do objeto social explorado pela sociedade ou que não podia ignorá-las. O ônus da prova do conhecimento do terceiro competiria à sociedade.

A oposição a terceiro do excesso do administrador ainda estaria subordinada a outra condição. A sociedade não poderia ter assumido, por deliberação expressa ou tácita dos sócios, como sendo ato da sociedade o ato do administrador que violou a cláusula contratual do objeto social.

Eis o que dispõe o art. 260º do Código português das Sociedades Comerciais:

Art. 260º – (Vinculação da sociedade)

1 – Os actos praticados pelos gerentes, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios.

2 – A sociedade pode, no entanto, opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objecto social, se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias que o acto praticado não respeitava essa cláusula e se, entretanto, a sociedade não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos sócios. [...] ⁴⁰³

Da análise do mencionado dispositivo português, verifica-se que a sociedade só não se vincula pelos atos que exorbitem seu objeto social. Responde, no entanto, por todos os demais atos praticados pelo administrador, ainda que tais atos se encontram no campo de limitações impostas pelo contrato social ou pelas deliberações dos sócios. As limitações aos poderes de gestão do administrador, fixadas no contrato ou por deliberação dos sócios, não poderiam ser opostas pela sociedade a terceiros.

⁴⁰² SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.1, p. 671.

⁴⁰³ QUINTAS, Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 541.

Hélder Quintas ainda ressalta que, nos termos do n.º 3⁴⁰⁴ do art. 280, o conhecimento do terceiro da violação da cláusula do objeto social não poderia ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato social, pois a publicidade garantida pelo registro não corresponderia ao conhecimento.⁴⁰⁵

O legislador argentino, por sua vez, estabelece, no art. 274⁴⁰⁶ da Ley 19.550, a responsabilidade ilimitada dos administradores perante a sociedade, os sócios e os terceiros pelo mau desempenho de suas atribuições, pela violação da lei e do ato constitutivo da sociedade e por qualquer dano que causar por dolo, abuso ou culpa grave:

Art. 274 [Mal desempeño del cargo] – Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.^{407 408}

A responsabilização ilimitada de tais administradores decorreria do dever de lealdade e diligência imposto a “*un buen hombre de negocios*”. Deveres estes fixados expressamente pela Ley 19.555, em seu art. 59⁴⁰⁹.

Ainda que se estabeleça a responsabilização ilimitada do administrador nas hipóteses previstas em lei, a sociedade limitada não deixaria de se vincular pelos atos do administrador. María Mercedes Ferreyra ressalta que, como o administrador não é “*un tercero actuando por la sociedad sino de la misma sociedad actuando por sí misma a través de las personas físicas*”

⁴⁰⁴ 3 – O conhecimento referido no número anterior não pode ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade. (QUINTAS, Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 541)

⁴⁰⁵ QUINTAS, Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010, p. 547-548.

⁴⁰⁶ A aplicação do art. 274, que regulamenta as sociedades anônimas, à sociedade de responsabilidade limitada decorre do disposto no art. 157, também da Ley 19.550. Este estabelece que:

[*Derechos y obligaciones*] – Los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que los directores de la sociedad anónima. No pueden participar, por cuenta propia ou ajena, en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios. (ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 188)

⁴⁰⁷ Art. 274. [Mau desempenho do cargo] – Os diretores respondem ilimitada e solidariamente perante a sociedade, os acionistas e os terceiros, pelo mau desempenho de seu cargo, segundo o critério do art. 59, assim como pela violação da lei, do estatuto ou do regulamento e por qualquer outro dano produzido por dolo, abuso de facultades ou culpa grave. (Tradução nossa)

⁴⁰⁸ ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 263.

⁴⁰⁹ Art. 59. [*Diligencia del administrador: responsabilidad*] – Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. (ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 120)

de sus gerentes”^{410 411}, os atos por ele praticados seriam válidos e obrigariam a sociedade perante os terceiros com os quais foram celebrados negócios jurídicos. Para que se opere tal responsabilização da sociedade seria necessário, entretanto, que o administrador:

1. Que actúe dentro de sus atribuciones, las que ante todo son de carácter legal, esto es, que le son conferidas por la ley 19.550 de sociedades comerciales y, en segundo lugar, por las cláusulas contenidas en el contrato social constitutivo y sus modificaciones.
2. Contar con su designación en cuanto órgano de representación y administración debidamente inscripta en el Registro Público de Comercio tal como lo prescribe el art. 60 L.S.C..^{412 413}

Se, no entanto, o administrador praticar atos que extrapolem suas atribuições, a responsabilização da sociedade é definida pelo art. 58 da Ley 19.550 – *Ley de Sociedades Comerciales*. O dispositivo está inserido no primeiro capítulo da lei, que trata das disposições gerais aplicáveis a todos os tipos societários, aplicando-se, assim, às sociedades de responsabilidade limitada. Eis o citado dispositivo:

Art. 58 [Representación: régimen] – El administrador o ele representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños ao objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluídos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.

[Eficacia interna de las limitaciones] – Estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción.^{414 415}

⁴¹⁰ [...] não se trata o administrador de um terceiro atuando pela sociedade, mas da própria sociedade atuando por ela mesma através das pessoas físicas de seus administradores. (Tradução nossa)

⁴¹¹ FERREYRA, María Mercedes. *Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia*. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memoriam del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 290.

⁴¹² 1. Que atue dentro de suas atribuições, dentre elas aquelas que são de caráter legal, isto é, que são conferidas pela Lei 19.550, e aquelas estabelecidas pelas cláusulas do contrato social e suas alterações.

2. Sua designação enquanto órgão de representação e administração deve estar devidamente inscrita no Registro Público de Comércio, como prescreve o art. 60 da Lei das Sociedades Comerciais. (Tradução nossa)

⁴¹³ FERREYRA, María Mercedes. *Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia*. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memoriam del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 290.

⁴¹⁴ Art. 58 [Representação: regime] – O administrador ou o representante que, de acordo com o contrato ou disposições da lei, detenha a representação da sociedade a obriga por todos os atos que não sejam notoriamente estranhos ao objeto social. Este regime se aplica ainda que diante de infração à organização plural, se se tratar de obrigações contraídas através de títulos, contratos entre ausentes, contratos de adesão ou concluídos mediante formulários, salvo quando o terceiro tiver conhecimento efetivo de que o ato se celebra com infração da representação plural.

[Eficácia interna das limitações] – As facultades legais dos administradores ou representantes perante terceiros não afetam a validade interna das restrições contratuais e a responsabilidade por sua infração. (Tradução nossa)

⁴¹⁵ ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 119.

Maria Mercedes esclarece que, nos termos da Ley 19.550, as atribuições do administrador podem sofrer limitações de duas ordens: impostas pelo objeto social e pelo contrato social. A distinção entre tais espécies de limitações seria importante para se determinar a responsabilização da sociedade quando os atos praticados pelo administrador se encontrassem fora de tais limites. Os limites à atuação do administrador fixados no contrato social não poderiam ser opostos a terceiros, produzindo os seus efeitos somente na esfera interna da sociedade. Quando da concretização do negócio jurídico, não se poderia impor ao terceiro de boa fé o ônus de verificar quais as atribuições foram conferidas ao administrador no contrato social. Assim, praticando o administrador um ato não estranho ao objeto social da sociedade, mas excedente das atribuições que lhe foram conferidas pelo contrato social, a sociedade se vincularia perante o terceiro com quem se celebrou o negócio jurídico, pois, assim se garantiria a celeridade dos negócios e a segurança jurídica nas relações. Garantir-se-ia, no entanto, aos sócios que fossem prejudicados pela atuação abusiva do administrador o direito de ação para sua responsabilização.⁴¹⁶

Por sua vez, os limites decorrentes da fixação do objeto social seriam oponíveis a terceiros, não obrigando, assim, a sociedade os atos do administrador que excedessem os fins sociais. Tais atos seriam tidos como nulos, como estabelece a teoria dos atos *ultra vires*. Como a definição da extensão do objeto social delimitaria o campo de atuação da sociedade, indicando o que pode e o que não pode fazer, fixaria também os atos que seus administradores estão ou não aptos a praticar.⁴¹⁷

Maria Mercedes alerta que, para que o ato do administrador obrigue a sociedade, a lei não exige que se encontre inserido dentro do objeto social. A exigência é de que o ato não seja notoriamente estranho ao fim societário. Assim, para que o ato vincule a sociedade, não seria necessário que se encontrasse nos estritos limites do objeto social, bastando que não fosse notoriamente estranho a este. Tratar-se-ia de um regramento que favoreceria os terceiros com os quais o administrador contratou.⁴¹⁸

Atos “não notoriamente estranhos ao objeto social” seriam aqueles que são considerados próprios de uma administração ordinária, bem como aqueles tendentes à

⁴¹⁶ FERREYRA, María Mercedes. Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memorian del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 291-293.

⁴¹⁷ FERREYRA, María Mercedes. Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memorian del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 291-293.

⁴¹⁸ FERREYRA, María Mercedes. Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memorian del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 293.

realização do fim societário. Tratar-se-ia, logo, daqueles atos que guardam certa conexão com o objeto social. Os atos notoriamente estranhos, por seu turno, não manteriam nenhuma relação com o fim social, encontrando-se distantes da gestão ordinária da sociedade.⁴¹⁹

Por fim, o administrador de fato no Brasil, como defende Gustavo Saad Diniz⁴²⁰, ainda poderia ser responsabilizado perante os credores negociais por uma administração simulada. Na simulação o agente tem consciência da distorção entre a vontade exteriorizada e o resultado produzido, ou seja, propositalmente manifesta-se vontade diversa da vontade interna efetivamente por ele pretendida. Logo, o fim desejado não é aquele afirmado, tendo o declarante consciência da distorção existente entre a vontade que manifestou e o fim que deseja atingir. Por isso, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que “*na simulação aparenta-se um negócio jurídico que, na realidade, não existe ou oculta-se, sob uma determinada aparência, o negócio verdadeiramente desejado*”⁴²¹. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de uma simulação absoluta e na segunda diante de uma simulação relativa.

Nos termos do art. 167 do Código Civil, haverá simulação em três situações: a) aparenta-se conferir ou transmitir direitos a pessoas diferentes daquelas às quais efetivamente se conferem ou transmitem; b) há declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou c) verifica-se que instrumentos particulares foram ante-datados, ou pós-datados. Apesar de a simulação acarretar a nulidade do negócio jurídico, o dispositivo em questão ressalva, no entanto, os direitos dos terceiros de boa fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A simulação na administração de uma sociedade limitada dar-se-á quando cláusula contratual ou do ato em separado nomear o administrador, definindo a extensão de seus poderes e ajustes informais atribuírem os poderes de gestão a outro administrador, sócio ou não da sociedade. Ou seja, há uma cláusula simulada de nomeação de administrador que, na verdade, não exercerá a gestão da pessoa jurídica. Nesta situação, aquele que efetivamente pratica os atos de gestão, ainda que não se trate daquele que consta no devido instrumento como administrador, seria responsabilizado pelos atos que praticasse com excesso de poderes, pois a cláusula de nomeação do administrador formal seria inválida. Gustavo Saad Diniz

⁴¹⁹ FERREYRA, María Mercedes. Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memoriam del profesor Fidel Carlos Rodríguez. 1 ed. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 294.

⁴²⁰ DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abril/junho 2004, p. 59-60.

⁴²¹ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 459.

ressalta que seria possível responsabilizar, na administração simulada, tanto o administrador formal como o real, desde que provado o vínculo ente eles e a sociedade.⁴²²

Nota-se que nas hipóteses de responsabilização tratadas neste capítulo o administrador é responsabilizado não por ter a qualidade de sócio, até porque, como já mencionado, a gestão nas sociedades limitadas pode ser exercida tanto por sócio(s) como por terceiro(s) estranhos ao quadro social. A responsabilização decorre da qualidade de administrador e da prática de atos com excesso de poder, com inobservância do objeto social, fraudulentos ou com violação da lei ou do ato constitutivo da sociedade. Resta claro, assim, que não bastaria a simples qualidade de administrador de uma sociedade limitada para que se imputasse a ele uma responsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Seria necessário que se enquadrasse em algumas das expressas hipóteses legais de responsabilização de administrador, seja ele sócio ou não.

⁴²² DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, abril/junho 2004, p.61.

12 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS DÍVIDAS SOCIAIS

A análise econômica do Direito, surgida entre o fim dos anos 50 e início da década de 60 do século passado, trouxe inovações quanto à utilização dos conhecimentos da ciência econômica no campo jurídico. Merece destaque a inversão na sistemática que partia do Direito para a Economia, ou seja, partia-se das necessidades de fundamentação da ciência jurídica. Com a análise econômica do Direito, passou-se a realizar o estudo a partir da Economia e das observações empíricas dos efeitos dos institutos jurídicos sobre a teoria econômica. Outra inovação foi a proposta de não-limitação da análise econômica do Direito a áreas específicas. Assim, a utilização dessa análise deveria ocorrer na aplicação de todas as regras jurídicas, que não teriam que estar necessariamente relacionadas a fins econômicos.⁴²³

Eis alguns exemplos expostos por Carlos Ferreira da Silva:

É inútil, [...], negar que as empresas incluem em suas tábuas de contabilidade os custos da demora da prestação jurisdicional ou da grande proteção que se dá ao consumidor no Brasil, com evidente aumento dos custos para toda a sociedade e diminuição da competitividade do produto brasileiro. Ou que a já não tão nova “lei de locações”, ao diminuir alguma proteção que os locatários tinham sob o anterior regramento, provocou um aumento na oferta no mercado de aluguel. Ou que a lei de bem de família torna a execução um processo de raro resultado positivo para o credor, ensejando o aumento geral dos juros bancários para o tomador. Os exemplos, inclusive mais elaborados como o “quantum” de pena para certos crimes que não seja tão baixo que estimule a delinquência, mas também não seja tão alto que torne irrelevante a escolha entre crimes de alto ou baixo potencial ofensivo e o próprio comportamento carcerário, são infundáveis.⁴²⁴

A análise econômica do Direito, mais conhecida pela expressão *Law and Economics*, consiste na utilização de conceitos oriundos da ciência econômica para solucionar conflitos de natureza jurídica. Para tanto, analisam-se as conseqüências geradas pelo ordenamento jurídico sobre a Economia para se proceder à adequação dos institutos jurídicos aos critérios de racionalidade econômica, seja através da criação de normas mais adequadas ao alcance dos resultados almejados pela teoria econômica – como preconiza a *Yale Law School*, com a atitude normativista –, seja por meio da modificação da interpretação do Direito – como defende a *Chicago Law School*, com a atitude positivista. Ou seja, a Economia contribui de

⁴²³ FLORENZANO, Vincenzo D. Teoria pura do direito versus análise econômica do direito: uma breve análise das supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 8, n. 15, 1º semestre, 2005, p. 257.

⁴²⁴ SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. As liberdades fundamentais e a análise econômica do direito. **Revista Direito e Justiça** (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa). Lisboa: Universidade Católica Editora Unipessoal, v. XIX, t. I, 2005, p. 161.

maneira fundamental para o aperfeiçoamento das normas de determinado ordenamento jurídico, tanto em sua elaboração quanto em sua aplicação.

A relação mais estreita entre Direito e Economia propicia ao jurista novas condições de enfrentar questões jurídicas relevantes e controversas, especialmente as relativas ao Direito Empresarial. O objetivo apregoado é tornar o direito positivo mais eficiente por meio da observação de como este modifica o meio social, ou seja, aplica-se ao Direito o conceito de eficiência, entendida esta como a aptidão para atingir o melhor resultado com a menor perda.

Aqueles que se reúnem na constituição de uma sociedade limitada possuem como objetivo explorar uma atividade econômica produtiva com limitação de sua responsabilidade, ou seja, desejam colocar a salvo seu patrimônio pessoal das obrigações contraídas pela sociedade. A limitação de responsabilidade dos sócios é fator de estímulo ao investimento de capital e esforços no exercício de atividade produtiva, ou seja, é fator de maximização do exercício de atividade econômica, com o intuito lucrativo, de produção ou circulação de bens ou mercadorias. Caso o empreendedor não pudesse salvaguardar os seus bens pessoais, poderia se ver desencorajado a investir na atividade produtiva, ainda que diante de eventual possibilidade de lucros. Nesse contexto não se pode olvidar a noção de custo social, abordada por Ronald Coase, precursor da análise econômica do Direito, no artigo intitulado *The problem of the social cost*:

It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect. This, above all, is the change in approach which I, am advocating.^{425 426}

Nota-se que, na análise econômica do Direito, os juristas valem-se da Economia para aferir a eficácia da legislação, que passa, assim, a ser vista como meio de maximização das

⁴²⁵ Seria claramente desejável que as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o que se ganha vale mais a pena do que o que se perde. Mas, na escolha entre as formas de organizações sociais dentro do contexto em que decisões individuais são tomadas, devemos ter em mente que uma mudança no sistema existente possa levar a uma melhora em alguma decisão, pode levar à degradação de outras. Além disso, devemos levar em conta os custos envolvidos na maneira de funcionamento das diferentes organizações sociais (seja o funcionamento de um mercado ou de um departamento governamental), assim como os custos envolvidos na mudança de um novo sistema. Na elaboração e escolha entre organizações sociais, devemos considerar o efeito total. Esta, sobretudo, é a mudança de enfoque que advogo. (Tradução nossa)

⁴²⁶ COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, October 1960. Disponível em: < www.sfu.ca>. Acesso em: 13 out. 2006.

riquezas.⁴²⁷ No entanto, na busca por essa eficiência, através de acordos privados, as partes podem encontrar vários obstáculos, tais como o dispêndio de tempo e de dinheiro para a constituição dessas relações contratuais, que são os denominados custos de transação,⁴²⁸ desenvolvidos no Teorema de Coase, e que deverão ser levados em consideração.

Segundo o economista, se esses custos não forem levados em conta, não é possível nem mesmo o entendimento do funcionamento do sistema econômico:

Without the concept of transaction costs, which is largely absent from current economic theory, it is my contention that it is impossible to understand the working of the economic system, to analyze many of its problems in a useful way, or to have a basis for determining policy.^{429 430}

A legislação atinente ao direito societário, sobretudo aquela que regulamenta as sociedades caracterizadas pela limitação de responsabilidade de seus sócios, deve ser aplicada pelo órgão julgador de maneira que, conforme a eficiência de Kaldor-Hicks,⁴³¹ os benefícios dos ganhadores – os credores da sociedade, na discussão em questão – sejam maiores que as perdas dos perdedores – sócios responsabilizados pessoalmente por dívidas sociais. Ou seja, o magistrado deve avaliar, no pedido de responsabilização dos sócios de sociedade limitada, as eficiências que possam ser geradas, decidindo pela solução que evitará o maior dano. A esse respeito, vale, mais uma vez, trazer as considerações de Ronald Coase:

⁴²⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 43, n. 170, abril/ junho, 2006, p. 168.

⁴²⁸ [...] custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual. (PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006, p. 61).

Custos de transação: Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 75)

⁴²⁹ Sem o conceito dos custos de transação, que é largamente excluído da teoria econômica corrente, é impossível entender o funcionamento do sistema econômico, analisar muitos dos problemas em um meio viável, ou ter uma base para determinar uma política. (Tradução nossa)

⁴³⁰ COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 6.

⁴³¹ Há também outra concepção de eficiência bastante adotada e invocada nas análises econômicas. Trata-se do Ótimo de Pareto, desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto. Segundo esta concepção, uma determinada situação é mais eficiente que outra quando é capaz de gerar mais benefícios para um dado indivíduo, sem que se cause qualquer prejuízo a outrem. Assim, uma pessoa ficará em uma situação melhor, sem que outra fique em uma situação pior aquela anterior à mudança. O aumento de bem estar de um sujeito não pode acarretar a diminuição do bem estar de outro.

Esta definição de eficiência, no entanto, foi alvo de inúmeras críticas, dentre elas o fato de se depender de um *status quo* e do critério somente poder ser verificado em raras situações. Em razão desses fundamentos adota-se, neste trabalho, o critério de Kaldor-Hicks para definir eficiência.

Neste sentido Vasco Rodrigues:

Como as circunstâncias em que é possível beneficiar alguém sem minimamente prejudicar outrem são raras, os conceitos de Pareto não são particularmente relevantes. (RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28)

The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm.^{432 433}

Assim, de acordo com o critério de Kaldor-Hicks, poder-se-ia falar em eficiência quando da maximização da riqueza agregada. Os ganhos para determinados indivíduos seriam suficientes para suplantar as perdas de outros. A responsabilização pessoal dos sócios de uma sociedade limitada, ainda que de forma excepcional, para ser considerada eficiente sob a ótica em questão, deveria gerar benefícios proporcionalmente maiores aos danos causados aos sócios e à coletividade, que não teria a sua disposição, em decorrência do desestímulo à exploração de atividade produtiva pela falta de proteção ao patrimônio pessoal, produtos e serviços com desenvolvimento tecnológico e preços compatíveis.

Não se pode olvidar que o instituto das sociedades limitadas foi instituído com o objetivo de atender à eficiência do Direito. Havia a necessidade de se criar incentivo aos pequenos e médios empreendedores para a exploração de atividade econômica. Até então, não existia um tipo societário que aliasse a característica da limitação da responsabilidade de todos os seus membros com a facilidade de sua constituição. As sociedades anônimas eram caracterizadas por profunda formalidade e pelo rigor da legislação que as regulamentava. Os demais tipos societários, por sua vez, exigiam que pelo menos um de seus membros se responsabilizasse pessoal e ilimitadamente pelas obrigações contraídas pela sociedade. É neste contexto que surgem as sociedades limitadas, sendo, como ressalta Eduardo Goulart Pimenta, “*talvez um dos mais felizes exemplos de institutos jurídicos desenvolvidos com o direto objetivo de atender à maximização de riquezas*”.⁴³⁴

A eficiência é objetivo a ser perseguido na atuação do Direito, seja na elaboração, seja na aplicação das normas jurídicas, em função dos próprios objetivos estabelecidos pelo art. 3º⁴³⁵ da Constituição Federal para a República Federativa do Brasil. Como ressalta Marlon

⁴³² A questão é geralmente pensada como uma situação em que A causa dano a B e o que tem que ser decidido é: como devemos conter A? Mas o questionamento está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar dano a B causaria dano A. O verdadeiro questionamento deve ser: A deveria ser autorizado a prejudicar B ou B deveria ser autorizado a prejudicar A? O problema é evitar o dano mais grave. (Tradução nossa)

⁴³³ COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, vol. 3, October 1960. Disponível em: <www.sfu.ca>. Acesso em: 13 out. 2006.

⁴³⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart. A disciplina das sociedades empresárias sob uma perspectiva de direito & economia. In TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 250.

⁴³⁵ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Tomazette,⁴³⁶ “*nesse dispositivo, dentre outros objetivos, vê-se a garantia do desenvolvimento nacional que pode ser alcançado, dentre outros meios, por um ordenamento jurídico eficiente*”.

Não haveria como se alcançar o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais sem a atenção à eficiência na maximização e distribuição de riquezas.

O autor salienta, no entanto, que a eficiência não pode ser vista como um valor em si. Deve ser tida como componente de valor que, somado a outros, como, por exemplo, os outros objetivos previstos no próprio art. 3º da Constituição da República, pode servir para se alcançar objetivos maiores, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social, entre outros.⁴³⁷ Logo, esses objetivos seriam limitadores à eficiência, mas não retirariam desta sua qualidade de valor.

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, reconheceu-se que os recursos patrimoniais também são necessários à consecução da existência digna da pessoa humana, uma vez que são eles que permitem ao indivíduo usufruir de outros direitos, como a igualdade e a liberdade. São os recursos patrimoniais que permitem ao indivíduo alcançar condições materiais para o desfrute dos demais direitos. Logo, uma existência digna, fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, não pode ser atingida sem o acesso a um conjunto mínimo de bens e serviços.

Assim, a maximização da produção e distribuição dos recursos patrimoniais não pode ser matéria afeta somente à Economia. É valor a ser alcançado também pelo Direito. E, como ressalta Eduardo Pimenta, constitui-se em valor instrumental, uma vez que “*consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade*”.⁴³⁸

Não há como deixar de analisar o Direito também à luz do critério da eficiência.

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴³⁶ TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 75, julho/agosto, 2007, p. 194.

⁴³⁷ TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 75, julho/agosto, 2007, p. 194-195.

⁴³⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 24.

12.1 As repercussões econômicas da responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada

Nas sociedades limitadas há a reunião de esforços e capital para a exploração de atividade econômica com intuito lucrativo e com a limitação de responsabilidade dos seus membros pelas dívidas sociais. Os sócios responderiam somente pelo valor de suas quotas, responsabilizando-se, no entanto, solidariamente pela total integralização do capital social. Ocorre que, como já mencionado, tal responsabilização solidária está limitada ao valor faltante a ser integralizado. Por fim, estando o capital social completamente integralizado não haveria que se falar em responsabilidade pessoal dos sócios.

Resta claro que o interesse particular de cada sócio é a exploração da atividade pela sociedade com a salvaguarda de seu patrimônio pessoal. É em razão deste objetivo que existe entre eles um comportamento cooperativo em torno da sociedade. O contrato social e a própria sociedade dele decorrente somente se sustenta enquanto há a satisfação dos interesses particulares de cada um dos sócios. É neste contexto que a Teoria dos Jogos, ao analisar a conduta dos indivíduos, auxiliaria “*o Direito, em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e a sua eficiência*”⁴³⁹.

A Teoria dos Jogos é utilizada para se analisar como os agentes econômicos, diante das normas legais, interagem e como tais normas influenciam seu comportamento estratégico:

[...] as técnicas da Teoria dos Jogos permitem modelar as interações entre indivíduos em que estes agem estrategicamente – isto é, levando em conta o que o(s) outro(s) fazem – e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional. Com isso, tal teoria, aplicada ao Direito, pretende discernir o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e os resultados sobre o comportamento dos agentes de uma alteração do quadro jurídico em que operam.⁴⁴⁰

As frequentes previsões legais, aliadas à interpretação dos Tribunais, no sentido da responsabilização pessoal dos sócios de sociedade limitada acabariam por afastar das atividades produtivas aqueles que detêm o capital. A possibilidade de o patrimônio pessoal ser atingido em decorrência do inadimplemento de obrigações sociais alteraria o comportamento dos agentes econômicos, que passariam a concentrar seus esforços em atividades não produtivas. Tal comportamento se daria justamente pelo fato de os interesses particulares dos sócios de sociedade em há a limitação de suas responsabilidades não serem satisfeitos. Isto é,

⁴³⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 157.

⁴⁴⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 167.

o fato de os resultados pretendidos por meio do Direito pelos sócios não serem alcançados seria capaz de alterar o comportamento destes membros.

Se o objetivo maior do sócio de uma sociedade limitada não fosse exercer atividade econômica, através de uma pessoa jurídica facilmente constituída, com a salvaguarda de seu patrimônio particular, certamente teria elegido outro tipo societário. Não são por outros motivos que as sociedades limitadas representam a maioria esmagadora das sociedades constituídas no país.

A ilimitação de responsabilidade dos sócios, além de afastá-los das atividades produtivas de produção ou circulação de bens ou serviços, ainda acarretaria o aumento dos preços do que for oferecido ao mercado, bem como um desestímulo ao desenvolvimento quantitativo e qualitativo de tais bens ou serviços. Perdas estas que seriam suportadas pelo consumidor, ou seja, pela sociedade (coletividade). Assim, se de um lado está o interesse particular dos credores da sociedade em satisfazer seus créditos inadimplidos pela insuficiência ou inexistência de patrimônio da própria pessoa jurídica, há, de outro lado, os interesses particulares dos sócios. A aplicação eficiente da legislação atinente ao direito societário, sobretudo a das sociedades limitadas deveria se direcionar para o cenário em que, de acordo como critério de Kaldor-Hicks, os ganhos suplantassem as perdas. Os ganhos para a coletividade deveriam ser suficientes para suplantar as perdas dos credores da sociedade. Só assim poder-se-ia falar em maximização da riqueza.

O capital social da sociedade limitada, neste contexto, merece especial atenção. Como o patrimônio dos sócios deveria restar resguardado justamente em decorrência da eleição do tipo societário em questão, o capital social seria importante garantia dos credores da sociedade. Assim, a legislação atinente à integralização e preservação do capital social deve ser rigorosa para que se assegure a credibilidade do instituto das sociedades limitadas perante terceiros que contratarão com a pessoa jurídica. No intuito de minimizar os riscos de inadimplemento das obrigações assumidas pela sociedade, devem-se adotar critérios rigorosos quanto a completa e efetiva realização do capital social pelos sócios, bem como quanto a sua preservação ou eventual redução.

Ressalta Eduardo Goulart Pimenta que a adoção de normas e critérios rígidos também se colocaria a favor dos próprios sócios da sociedade, pois quanto maior for a credibilidade das sociedades limitadas menores serão os motivos para se pretender relativizar a limitação de suas responsabilidades:

O que se verifica, porém, é que a falta de um controle mais efetivo sobre a formação e manutenção do capital social vem banalizando o instituto, o que, por sua vez, leva os aplicadores da lei e o próprio legislador a relativizar o preceito da separação entre patrimônio dos sócios e dívidas da sociedade.⁴⁴¹

Por fim, resta ainda tratar a questão da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades limitadas à luz da análise econômica do direito. Na busca pela maximização da eficiência no exercício da empresa, principalmente em seu aspecto dinâmico, caracterizado pelo conjunto de contratos necessários à exploração da atividade econômica, a falta de regras claras e rígidas no tocante aos requisitos necessários à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade pode maximizar os custos de transação. No entanto, a eficiência do Direito está em minimizar os custos das relações jurídicas contratuais necessárias à reunião e organização dos fatores de produção.

A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, vez que se objetiva atingir o patrimônio pessoal dos sócios da sociedade para o pagamento de obrigações contraídas pela pessoa jurídica, ainda que se trate de uma sociedade caracterizada pela limitação de responsabilidade de seus membros – como a sociedade limitada. Ocorre que, apesar de seu caráter excepcional, sobretudo nas relações consumeristas, trabalhistas, de direito ambiental e de direito tributário, são comuns previsões legais ou manifestações jurisprudenciais no sentido do afastamento da personalidade jurídica da sociedade simplesmente quando a personalidade jurídica da sociedade for obstáculo à satisfação de credores. O instituto é aplicado, assim, de forma dissociada de sua base teórica, ou seja, sem a observância de critérios rígidos. Por se tratar de situação excepcional, tais critérios deveriam ser claramente definidos pelo legislador. Sem esta definição, os sócios se vêem diante do critério do livre convencimento pessoal de cada juiz para a solução da questão.

A informação é fator preponderante para a redução do custo de transação, visto que reduz as incertezas. Assim, quanto melhor e mais acessível for a informação, menor será o custo de transação e, conseqüentemente, melhor será o funcionamento do mercado;⁴⁴² logo, será também mais eficiente. Não é por outro motivo que Harold Demsetz ressalta que *“Information cost figures importantly in transaction cost theory because information cost is an important component of transaction cost”*.⁴⁴³ Ou seja, a partir do momento em que se

⁴⁴¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. A disciplina das sociedades empresárias sob uma perspectiva de direito & economia. In TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 261.

⁴⁴² SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 111, julho/setembro, 1998, p. 12.

⁴⁴³ Custos de informação são importantíssimos na teoria dos custos de transação porque custos de informação são um importante componente dos custos de transação. (Tradução nossa) (DEMSETZ, Harold. The theory of the

visualizam os custos de informação como integrantes dos custos de transação, normas claras e rígidas, estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico, reduziriam esses custos e, conseqüentemente, maximizariam riqueza.

Deixar a decisão nas mãos do magistrado não contribui para a redução dos custos de transação. Muito pelo contrário. No entanto, na ausência de regras claras e rígidas sobre os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica, não há outra solução. Deve o juiz, entretanto, como já ressaltado, analisar se os ganhos dos credores sociais serão proporcionalmente superiores aos prejuízos causados à coletividade, o que se coaduna com as idéias propostas pela análise econômica do Direito. O juiz, na aplicação das normas ao caso concreto, deve considerar e se pautar também pelos aspectos econômicos.⁴⁴⁴

A interpretação do aplicador da norma merece tamanha atenção, uma vez que o tema da empresa, como ressalta Cavalli, não está afeto somente ao Direito Empresarial, perpassando diversos outros ramos da ciência jurídica. A empresa assume importância socioeconômica, requisitando análise apurada do magistrado quanto aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, e conseqüente, responsabilização pessoal dos sócios, especialmente daqueles que integram sociedades limitadas.

O tema da empresa perpassa o direito concorrencial e o direito do consumidor e relaciona-se, também, com o direito do trabalho. Enfim, a empresa no direito contemporâneo assumiu tamanha importância socioeconômica que foi chamada por Comparato de instituição chave da sociedade.⁴⁴⁵

Apesar de ser comum, na definição da relativização da limitação de responsabilidade dos sócios, ater-se somente à sua acepção jurídica, não se pode olvidar que a natureza econômica também permeia a matéria. Sociedades limitadas são unidades produtivas que geram empregos e riquezas através do exercício de atividades econômicas voltadas para a produção e circulação de bens e/ou serviços. É nesse sentido que o tratamento da questão sob a perspectiva da análise econômica do Direito torna-se imprescindível.

O juiz deve, assim, optar pela interpretação da norma que melhor se adapte ao critério da eficiência econômica, escolhendo a opção interpretativa que colocar os direitos em

firm revisited. In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (edited by). **The nature of the firm: origins, evolution, and development**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 159).

⁴⁴⁴ Nesse sentido:

The aim of economic policy is to ensure that people, when deciding which course of action to take, choose that which brings about the best outcome for the system as a whole. (COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 27).

O objetivo da política econômica é assegurar que as pessoas, na decisão de qual curso de ação seguir, escolham o que conduzirá ao melhor resultado no sistema como um todo. (Tradução nossa)

⁴⁴⁵ CAVALLI, Cássio Machado. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 85.

discussão na titularidade daquele que não estiver disposto a trocá-los pelo seu equivalente financeiro, ou seja, a norma jurídica deve ser interpretada de tal forma que sua aplicação no caso concreto propicie aos beneficiados ganhos proporcionalmente superiores às perdas dos vencidos.

Ao relativizar a limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, através da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, o magistrado deve se lembrar das repercussões econômicas que sua interpretação da norma no caso concreto causará. A interpretação que deve prevalecer é aquela mais adequada à maximização das riquezas e menos danosa aos que tenham sua pretensão vencida, ou seja, aquela mais eficiente.

Direito e Economia devem mutuamente se inspirar, uma vez que de nada adianta uma economia de mercado sem normas que a regulamentem; caso contrário, estar-se-ia diante de um verdadeiro caos. Também de nada adianta a justiça, fim perseguido pelo Direito – e aqui entendida como o que está em consonância com os valores consagrados pelo ordenamento jurídico –, sem o funcionamento do mercado, visto que não haverá desenvolvimento do país.

Propõe-se a análise das consequências das normas de determinado ordenamento jurídico, sejam elas constitucionais, infraconstitucionais ou decorrentes de decisões judiciais, sobre a economia, para se proceder a uma adequação de tais normas a critérios econômicos, como a eficiência e a maximização de riquezas.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ FLORENZANO, Vincenzo D. Teoria pura do direito versus análise econômica do direito: uma breve análise das supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 8, n. 15, 1º semestre, 2005, p. 258.

13 CONCLUSÃO

Constituída a sociedade limitada, através do registro de seu ato constitutivo no órgão competente, passa ela a ter personalidade jurídica própria. Assim, passa a ter também patrimônio distinto do de seus sócios. É este patrimônio a garantia dos credores de obrigações contraídas pela sociedade limitada, que é caracterizada, como estabelece o art. 1.052 do Código Civil, pela limitação de responsabilidade de seus membros ao valor de suas quotas. A sociedade responde ilimitadamente pelas obrigações que assumir, mas os sócios só respondem pelo valor de suas quotas. O Código de Processo Civil, sem fazer nenhuma distinção quanto à espécie de sociedade em questão, ainda prevê que “*os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei*” (art. 596).

Logo, não restam dúvidas de que o sócio de sociedade limitada somente pode ter seu patrimônio pessoal atingido para pagamento de dívidas sociais em situações excepcionais e expressamente previstas em lei. Ocorre que nem sempre é esta a interpretação que se dá à questão. Como mencionado, os Tribunais do Trabalho, por exemplo, sem nenhum questionamento quanto à limitação de responsabilidade dos sócios de sociedades limitadas, bem como sem nenhuma previsão legal, posicionam-se pela responsabilização dos mesmos quando da mera inexistência ou insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica.

Questionam-se ainda as inúmeras hipóteses legais em que se prevê a responsabilidade pessoal dos sócios. O que deveria ser uma configuração excepcional, tonou-se, diante de tantas exceções, praticamente a regra. O patrimônio pessoal dos sócios que deveria estar resguardado, em verdade, só está protegido se a sociedade honrar todas as obrigações assumidas. A exploração de atividade econômica através de uma sociedade limitada não põe mais a salvo os bens pessoais dos sócios, fator este decisivo na eleição desta espécie societária.

Como o risco é inerente a toda e qualquer atividade econômica, o direito deveria estabelecer mecanismos eficientes de limitação de responsabilidade dos sócios, pois só assim haveria estímulo para o investimento em atividades produtivas, ou seja, de criação ou circulação de bens ou serviços. O incentivo a tais atividades é que garantiria a geração de empregos e tributos, além de contribuir para o desenvolvimento da qualidade dos produtos e serviços colocados no mercado.

Há ainda o fator preço. Quanto maior o risco assumido maior deverá ser também o lucro decorrente da exploração da atividade econômica. Se a responsabilidade dos sócios da sociedade for ilimitada, o lucro proveniente da empresa deverá ser suficiente para compensar

a exposição de seus bens pessoais. Como ressalta Frederico Silveira e Silva, “*justifica-se, assim, a existência e adoção da responsabilidade limitada dos sócios na maioria das modalidades societárias*”.⁴⁴⁷

Nota-se, assim, a importância da definição de mecanismos eficazes de limitação de responsabilidade, e, conseqüentemente, dos riscos daqueles que integram uma sociedade. Ademais, a empresa exerce função social que não pode ser olvidada, verificando-se, assim, a necessidade de atuação em benefício também de toda a comunidade na qual está inserida. Impede-se que aquele que explora a atividade econômica atue, exclusivamente, em prol de seus interesses. A promoção da função social, assim como a repressão ao abuso de direito, surgiu da necessidade de o Estado Moderno limitar o individualismo.

No entanto, não se pode confundir função social da empresa com responsabilidade social. Não se pode ignorar que a função primordial da empresa é o lucro, visto que, sem este, deixa de existir. Assim, a função social só pode ser exigida nos limites das atividades que constituem objeto da empresa. Logo, as atividades de assistência ou de filantropia, por exemplo, não se inserem no bojo da função social, mas sim da responsabilidade social.

A responsabilidade social das empresas consiste na contribuição voluntária, através de atividades distintas daquelas que integram o objeto social, aspirando-se à geração de benefícios sociais e ambientais para a coletividade. A princípio, a promoção desses benefícios compete tradicionalmente ao Estado, mas são eles impulsionados por aqueles que exploram atividades econômicas como forma de captação de novos clientes e, não raras vezes, como expressão de sentimentos altruísticos dos envolvidos no processo econômico.

Apesar de o lucro não poder ser afastado, o individualismo e a vontade das partes não podem ser exercidos de forma ilimitada e absoluta. A busca pelo lucro e os interesses da sociedade não de estar em harmonia. Não se trata de conduta voluntária, como os atos de responsabilidade solidária, mas de poder-dever. Somente assim a função social da empresa será cumprida. De acordo com Tomasevicius Filho, “*a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos*”⁴⁴⁸.

É imperioso o estímulo à exploração de atividade econômica produtiva, ou seja, de produção ou circulação de bens ou serviços, pois como afirma Rodrigo Almeida Magalhães,

⁴⁴⁷ SILVA, Frederico Silveira e. A responsabilidade do sócio de sociedade limitada em relação às verbas de natureza trabalhista. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, n. 278, fev. 2007, p. 61.

⁴⁴⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 810, abril, 2003, p. 40.

*“a empresa, além de ser responsável pelo emprego, produção ou intermediação com o consumidor, a qual também é grande responsável pela receita do Estado por meio do recolhimento de impostos, valoriza e melhora o local onde se estabelece”*⁴⁴⁹. Resta claro que o exercício produtivo de atividade econômica satisfaz não somente os interesses do empresário. Os interesses da comunidade se entrelaçam nos interesses do empresário, e conseqüentemente, da própria empresa.

Incentivo maior não há que a separação do patrimônio da pessoa jurídica e seus membros, bem como a limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade. Aquele que detém participação no capital social da sociedade se veria estimulado a investir seus recursos e seus esforços na exploração da atividade se seu patrimônio pessoal – e, em diversas situações, até mesmo familiar – estivesse resguardado dos riscos inerentes a toda e qualquer atividade econômica.

Diante de tantas exceções à limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, sejam elas impostas pela lei ou pela interpretação dos Tribunais brasileiros, não se poderia mais afirmar que tal tipo societário é caracterizado pela limitação de responsabilidade dos seus membros ao valor de suas quotas. As inúmeras hipóteses de relativização da limitação de responsabilidade acabaram por desconfigurar o principal elemento ensejador da criação das sociedades limitadas, e quiçá o próprio instituto.

Não é porque o capital social não sofre controle rigoroso quanto a sua constituição e preservação que se deveria relativizar, sem nenhuma fundamentação teórica, a limitação de responsabilidade de sócios de sociedade limitada. Maior proteção aos credores deveria ser conferida não pela responsabilização pessoal dos sócios, que é fator de desestímulo às atividades produtivas e ao desenvolvimento quantitativo e qualitativo dos bens e serviços colocados no mercado, mas pelo implemento de critérios rigorosos de efetiva integralização e preservação do capital social. Assim, restariam compatibilizados o instituto das sociedades limitadas, tão importante à coletividade, e a minimização dos riscos de inadimplemento dos credores da pessoa jurídica.

A satisfação dos interesses dos credores sociais não pode ser o fundamento para a desconfiguração de institutos jurídicos, sob pena de colocar em risco a segurança jurídica de todo um ordenamento. O adimplemento dos créditos não pode ser buscado a todo e qualquer custo, pois as sociedades, sobretudo as limitadas, desempenham papel de relevância no

⁴⁴⁹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 340.

mercado brasileiro. Representam a maioria esmagadora das sociedades constituídas no país. São, assim, fontes significativas de geração de riqueza. Daí a importância do estímulo constante à conservação e constituição das sociedades limitadas.

Ademais, aqueles que reúnem esforços e capitais para exercerem, através de uma sociedade limitada, atividade econômica produtiva não podem ser penalizados pelo mero insucesso da sociedade. A eleição do tipo societário em questão certamente se dá em decorrência justamente de sua característica principal: a limitação de responsabilidade de seus sócios em face das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Característica esta que, apesar da relevância econômica das sociedades limitadas, foi completamente destruída pelas constantes relativizações fixadas pelo legislador e pelos Tribunais brasileiros.

O próprio Código Civil, diploma regulamentador do tipo societário em questão, expressamente define a limitação de responsabilidade de seus sócios. Mas, prevê também inúmeras hipóteses em que os membros da sociedade serão chamados a responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas sociais. Somadas as estas hipóteses ainda há previsão em diversos diplomas legais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dissociada de suas bases teóricas. Bastaria o mero inadimplemento para que se operasse o levantamento do véu da pessoa jurídica. Trata-se da consagração da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo na seara do direito do consumidor e do direito ambiental.

Também não são raras as decisões judiciais no sentido do ataque aos bens dos sócios quando do inadimplemento de créditos trabalhistas e tributários. O Código Tributário Nacional é claro ao definir a responsabilidade pessoal do administrador da sociedade. Para tanto seria preciso que tal gestor, no exercício de sua função, praticasse atos irregulares. No entanto, a Fazenda Pública frequentemente constitui certidões de dívidas ativas em desfavor da sociedade e de todos os sócios. Ou seja, CDA's são emitidas até mesmo em desfavor daqueles que não exercem a administração e sem se perquirir se o ato do qual resultou a obrigação tributária foi praticado “*com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto*”, como preceitua o art. 135 do CTN.

A responsabilidade dos sócios restaria, logo, limitada somente em relação às obrigações sociais contraídas perante credores negociais. Mas tais credores, caracterizados justamente pela possibilidade de avaliação dos riscos – sobretudo de inadimplemento – a que estão submetidos quando da celebração de negócios jurídicos com sociedades limitadas, comumente requerem a constituição de garantias incidentes sobre o patrimônio pessoal dos sócios. Tal exigência é formulada especialmente por instituições financeiras com as quais a sociedade celebra algum tipo de contrato de concessão de crédito e por fornecedores de

insumo essenciais à exploração do objeto social da sociedade. Com a constituição de garantias prestadas pelos sócios, sejam elas fidejussórias ou reais, o patrimônio dos membros de sociedade limitada estaria também exposto às obrigações contraídas pela pessoa jurídica.

Não haveria, assim, mais como se sustentar a existência no ordenamento jurídico brasileiro de uma sociedade limitada em que a responsabilidade de seus sócios fosse efetivamente, e não meramente adstrita à letra da lei, “*restrita ao valor de suas quotas*”. Afirmação esta que poderia ser feita também em relação às empresas individuais de responsabilidade limitada. Como são aplicadas subsidiariamente a este instituto as normas atinentes às sociedades limitadas, já teria nascido o instituto completamente descaracterizado. As EIRELI's surgiram com um objetivo comum aos das sociedades limitadas: a exploração de atividade econômica com a limitação de responsabilidade de seus membros. Diferem-se, no entanto, pelo fato daquelas resultarem da organização dos fatores de produção por um único membro e estas, ao contrário, resultarem da reunião de esforços de mais de uma pessoa. De qualquer forma, ambos os institutos não guardam mais sua característica essencial, o que acaba comprometendo sua própria existência.

Assim, poder-se-ia, concluir que, diante do tratamento legal e jurisprudencial dado à questão da limitação de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, este tipo societário foi completamente descaracterizado. Não existem sociedades limitadas, sobretudo sob o aspecto de seu elemento distintivo.

Ressalte-se que tal descaracterização, que implicou no comprometimento da existência do próprio instituto das sociedades limitadas, deu-se em decorrência de previsões e interpretações legais distorcidas. A limitação de responsabilidade dos sócios, como já mencionado, é fator de estímulo ao empreendedorismo, e, logo, de desenvolvimento sócio-econômico, não existindo, assim, discurso capaz de justificar uma tutela a qualquer preço do crédito. A proteção aos interesses dos credores deve se dar de forma equilibrada, de modo a permitir que os riscos assumidos pelos sócios de sociedade limitada sejam restringidos efetivamente ao valor que investiram na atividade. É imprescindível para o desenvolvimento do próprio mercado que o patrimônio pessoal daqueles que elegeram um tipo societário caracterizado pela limitação de responsabilidade de seus membros reste protegido das dívidas sociais contraídas no exercício da atividade econômica.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa individual**. São Paulo: Atlas, 2012.

ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARACAT, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada empregadora: o problema do sócio minoritário. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 34, n. 129, p. 53-71, jan./mar. 2008.

BOAVENTURA, Daniel César. Fundações, associações e sociedades: visão geral comparativa da codificação civil de 1916 e 2002. In FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. v. 1.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. v. 2.

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciados das Jornadas de Direito Civil**, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacao-enunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 279.273/SP. Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 04 dez. 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 mar. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=279273&b=ACOR#>. Acesso em: 25 jun. 2011.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRUSCATO, Wilges Ariana. O objeto do moderno direito de empresa. **Revista Index Jur**, n. 01, abr. 2012. Disponível em <<http://www.indexjur.com.br/um/numeroum.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRUSCATO, Wilges Ariana. Era uma vez a empresa individual de responsabilidade limitada. **Revista Index Jur**, n. 0, set. 2011. Disponível em <<http://www.indexjur.com.br/zero/numerozero.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

CALMON, Eliana. Responsabilidade tributária e penal dos administradores. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n. 2, jul/dez. 2002. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/.../223>. Acesso em: 10 jul. 2012.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. Quotas do sócio falecido. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 240-245, jan./jun. 2003.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 528, ano 68, p. 24-40, out. 1979.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALLI, Cássio Machado. Reflexões sobre empresa e economia: o conteúdo jurídico da empresa sob uma análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 2, n.9, p. 67-76, jun. 2006.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, Oct. 1960. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/coase-socialcost.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

- CORNET, Roberto. La transmision de las cuotas sociales. In RICHARD, Efraín Hugo (director). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memorian del professor Fidel Carlos Rodríguez. Cordoba: Advocatus, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2004.
- DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 42-65, abr./jun. 2004.
- DINIZ, Gustavo Saad. Falência e problemas de desconsideração de personalidade jurídica. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 10-20, fev. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**: sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 5 ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958. v.3.
- FERREYRA, María Mercedes. Administracion y representacion: actos realizados por la gerencia. In RICHARD, Efraín Hugo (Dir.). **Sociedad de responsabilidad limitada**: in memorian del profesor Fidel Carlos Rodríguez. Córdoba: Advocatus, 2003.
- FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FLORENZANO, Vincenzo D. Teoria pura do direito versus análise econômica do direito: uma breve análise das supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 252-267, 1º sem. 2005.
- FRANCESCHET, Júlio César. Pessoa jurídica e direitos da personalidade. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 846, ano 95, p. 11-29, abr. 2006.
- GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 77-115, abr./jun. 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Marco Fratteezi. Ainda a dissolução irregular: redirecionamento da execução fiscal e data de obtenção de poderes de administração da sociedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 198, p. 98-106, mar. 2012.

GONTIJO, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. IN RODRIGUES, Frederico Viana (coord). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da EMRJ**, Rio de Janeiro, v.7, n. 25, p. 229-243, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodivm, 2006. (Coleção temas de direito civil em homenagem a Teixeira de Freitas).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: fonte das obrigações: contratos. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. v.4.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1.

MANDEL, Júlio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade dos membros da sociedade limitada pelas obrigações tributárias e o novo código civil. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 111, p. 60-78, dez. 2004.

MARTINS, Fran. **Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.

MARTINS FILHO, Antônio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. 2 ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 1999.

MERLINSKI, Ricardo. **Manual de sociedades comerciais**. 2 ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2008.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento Cível n.º 1.0223.11.001292-7/001. Relator Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, julgado em 02 fev. 2012. Diário de Justiça, Belo Horizonte, 23 mar. 2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4AB66435593118A7153676D88CFFC1AF.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.11.001292-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 nov. 2012.

MORAES, Fabrício Machado de. Responsabilidade patrimonial pessoal de sócios e administradores na sociedade limitada: análise com maior referência à responsabilidade tributária. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais: direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

MOURÃO, Gustavo César de Sousa. Uma abordagem crítica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. v. 1.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

OLIVEIRA, Adriana Tolfo. Breves comentários sobre a desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro disregard doctrine. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 14, p. 37-46, 2000.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVERA, Nuri E. Rodriguez; RODRIGUEZ, Carlos E. López. **Ley 16.060 actualizada, anotada y editada**. Disponível em: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/Ley16060SRL.htm>> . Acesso em: 22 set. 2012.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAPINI, André Lemos. A sociedade limitada e o novo código civil. In RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Sociedade limitada**: comentários. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do; GOTLIB, Renzo Brandão. Cessão de quotas de sociedade limitada e alienação do estabelecimento empresarial: responsabilidade civil do cessionário de participação societária e do adquirente no contrato de trespasse. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6. n. 31, p. 31-47, fev. 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada** (doutrina, jurisprudência, legislação e prática). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, páginas, abr./ jun. 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 55-74, abr./jun. 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Considerações sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais irregulares. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte. v. 4, n. 7/8, p. 50-60, 1º/2º sem. 2001.

PIMENTA, Eduardo Goulart. A disciplina das sociedades empresárias sob uma perspectiva de direito & economia. In TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PINTO, Almir Pazzianotto. Agonia e morte da pessoa jurídica. **Revista Jurídica Consulex**, ano 9, n. 192, p. 30-31, 15 jan. 2005.

PORTUGAL. **Código das sociedades comerciais**. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigosociedadescomerciais.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2012.

QUINTAS, Hélder. **Regime jurídico das sociedades por quotas**: anotado. Coimbra: Almedina, 2010.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, ano 91, p. 751-764, set. 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 24 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 95-107, jan./mar. 2002.

RICUPERO, Romeu. A falência da sociedade não atinge o sócio da sociedade limitada ou controlador da sociedade anônima. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. (Coord.). **Direito processual empresarial**: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, Felipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas**: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-g do código das sociedades comerciais. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SENA, Alécio Martins. Pessoa Jurídica. In: FIUZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. v. 1.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A execução da dívida ativa da fazenda pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. As liberdades fundamentais e a análise econômica do direito. **Revista Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, v. 19, n. 1, p. 159-163, 2005.

SILVA, Frederico Silveira e. A responsabilidade do sócio de sociedade limitada em relação às verbas de natureza trabalhista. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 24, n. 278, p. 57-72, fev. 2007.

SILVA, Osmar Vieira de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 137, p. 38-64, fev. 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Instrumentos de garantia para assegurar a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 63, ano 16, p. 135-156, jul./set. 2011.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEDESCO, Alex Moisés. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 155-160, set./out., 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.30, n. 8, p. 53-77, abr./jun. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 29-66, jul./set. 2007.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 810, ano 92, p. 33-50, abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 15, n. 75, p. 177-198, jul./ago. 2007.

TOMAZETTE, Marlon. A infeliz adoção da teoria dos atos *ultra vires* no direito brasileiro. **Revista Index Jur**, n. 0, set. 2011. Disponível em <http://www.indexjur.com.br/zero/numero_zero.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. **Décima segunda diretiva de direito societário** (Diretiva 89/667/CEE). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:PT:HTML>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

URUGUAI. Ley 16.060 (1989). Sociedades comerciales. In: SEIJAS, Alicia. **Compendio práctico KPMG**. 2 ed. Montevideo: KPMG, 2005.

ZUNINO, Jorge Osvaldo. **Régimen de sociedades comerciales (comentado)**. 23 ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 182.