

ASPECTOS COMPARATIVOS DO REGIME SOCIETÁRIO DECORRENTE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Carla C. Marshall*

1. BREVE INTRODUÇÃO

Muito se tem falado e analisado, sobre o Novo Código Civil, no que tange aos próprios institutos civilistas. No entanto, merecem destaque os novos tratamentos dados às sociedades comerciais, que, por sua vez, foram inseridas no contexto.

A unificação dos direitos comercial e civil visa conduzir a um novo disciplinamento da atividade econômica, ultrapassando-se a dicotomia dos atos de comércio e dos atos civis, uma vez que, na atualidade, veio substituir a expressão atos de comércio a teoria da empresa.

Evidencia-se, assim, a relevância em demonstrar o tratamento dado às sociedades no novo modelo do Código Civil, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, em 15 de agosto último.

2. ESTUDO COMPARATIVO DO MODELO SOCIETÁRIO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Com efeito, o aludido Projeto, em seu Livro II, da Parte Especial, denominado Do Direito de Empresa, define, no Título II, intitulado Da Sociedade, a nova sistemática a ser adotada, que diferencia as sociedades em não-personificadas e personificadas. No primeiro caso, tem-se as sociedades irregulares, que são chamadas de sociedade em comum e sociedade em conta de participação. No segundo caso, tem-se as demais, cujo princípio norteador é a existência de personalidade jurídica.

Existe, ainda, a nova rotulação das antigas sociedade civil e comercial, que, a partir do Projeto, passaram à sociedades simples, cujo registro é feito junto ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e as sociedades empre-

* Doutora em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho. Ex-Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes, Ipanema. Coordenadora Acadêmica dos MBA's em Direito do Consumidor e da Concorrência e Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas - EBAPE. Procuradora Federal. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do IAB. Coordenadora da Comissão Permanente de Direito Comunitário do IAB. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-RJ.

sárias, que assumem a forma de: nome coletivo, comandita simples, sociedade limitada, comandita por ações e anônima.

Quanto à forma das sociedades simples permanece a liberdade para assumir qualquer modelo, exceto o de anônima, pois estas somente podem ser empresárias, enquanto as sociedades cooperativas só podem se constituir em simples.

Não há qualquer menção à sociedade de capital indústria, portanto, a mesma não mais existe. Todavia, é possível que a sociedade simples tenha sócio de indústria. Há, também, a estipulação constante do art. 1.006, que demonstra a existência de sócio de indústria, que, para a composição de sua quota social no capital social da empresa, o faz disponibilizando e utilizando seus serviços neste sentido.

Com efeito, considera-se de destaque que a dissolução, de pleno direito, das sociedades personificadas, ou seja, simples, em nome coletivo, em comandita simples, limitada, dentre outros fatores, se dá pela não reconstituição da pluralidade de sócios no prazo de seis meses, não havendo qualquer dispositivo que preveja o número mínimo de sócios para sua constituição.

Com tais colocações, pode-se perceber, por parte do legislador ordinário, uma certa flexibilidade, embora ainda bastante tímida. Não se pode olvidar o fato de que o Novo Código Civil, que tramitou no Congresso Nacional há mais de vinte anos, apesar de não ousar, leva em consideração a existência, pelo menos, temporária, embora superveniente da unipessoalidade, das sociedades denominadas personificadas empresárias.

Destaque-se que, apesar de não admitir a sociedade unipessoal originária, o novo diploma legal, o faz no seu modelo superveniente, muito embora por um prazo restrito – cento e oitenta dias. Todavia, o que pode significar a superação da doutrina tradicional é a categorização das sociedades em personificadas e não-personificadas (art. 1.033, II).

Sociedade personificada não quer dizer sociedade de pessoas ou de capital, mas, tão-somente, que a sociedade possui personalidade jurídica própria diferente da de seus sócios. Não houve, portanto, da parte do legislador que elaborou o Novo Código Civil, preocupação em distinguir a sociedade de pessoas das de capital, tanto que, para a tradicionalmente considerada sociedade de capital – sociedade anônima – o número mínimo de acionistas exigido é de sete.

Relativamente à sociedade limitada, hoje existe o Projeto da Sociedade Limitada, que vem substituir a antiga Lei de Quotas, que é de 1919.

Destaque-se que houve um Projeto de Lei, retirado do Projeto do Novo Código Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 – nº 634/75 na Casa de origem)¹, já que seria muito menos custoso aprová-lo separadamente, do que se aguardar o trânsito do Projeto que unifica a legislação civil e a comercial.

Vê-se que não há sintonia entre o Novo Código Civil e as legislações da área societária, pois os tratamentos de diversos institutos são diferentes, sendo necessário um esforço hermenêutico, no sentido de harmonizá-los.

2.1. TEORIA DA EMPRESA E ASPECTOS JURÍDICOS DA SOCIEDADE

A sociedade comercial em seu modelo primitivo remonta à própria história do homem e da civilização. O Direito Societário, por seu turno, surge com o Direito Romano. Todavia, sua configuração moderna deu-se na Idade Média, com o delineamento da separação de patrimônios, ou seja, a distinção entre o patrimônio da sociedade e o dos seus sócios.

Tradicionalmente, sociedade é gênero do qual são espécies as associações, que são entes sem fins econômicos, pois que não visam lucro, e as sociedades propriamente ditas. Nestas reside o intuito do lucro e sua distribuição entre os sócios. A sociedade pode ainda bipartir-se em sociedade civil e sociedade comercial, que, basicamente, diferenciam-se pelo objeto social, que corresponderá à atividade civil, no primeiro tipo ou à atividade comercial, no segundo.

É importante notar que a sociedade comercial assumirá uma das formas delineadas na legislação comercial, e a sociedade civil, por sua vez, terá forma livre, podendo inclusive, assumir a tipologia de sociedade comercial ou mesmo atípica. Caso a sociedade possua objeto misto, preponderará a comercialidade.

Reza o art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.404/76 que, independentemente do objeto social, a companhia rege-se pelas leis e usos do comércio e, portanto, trata-se de companhia mercantil.

A sociedade por quotas é um modelo empresarial que tanto se presta ao âmbito comercial como ao civil, sendo neste último, praticamente exclusiva².

O art. 44 do Novo Código Civil aponta como pessoa jurídica de direito privado:

1 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 353, Rel. Sen. Pedro Teixeira, 1993, p. 2.

2 *Ibid.*, p. 95.

I – as associações
II – as sociedades
III – as fundações

Parágrafo único – As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II, da Parte Especial.”

A tradição jurídica de uniformização de disciplinas legais surgiu com o Código de Obrigações, em 1881, na Suíça. O Código Civil italiano de 1942, por sua vez, passou a disciplinar as matérias civis e comerciais, pontificando exatamente por vir a substituir a teoria dos atos de comércio, que, inclusive, prevalece no texto comercial brasileiro, muito embora a doutrina e a jurisprudência tenham adotado a Teoria da Empresa como novo paradigma da atividade econômica.

Na verdade, na tradição nacional, comerciante seria toda pessoa, física ou jurídica, que exerce com habitualidade atos de intermediação ou prestação de serviços com vista à obtenção de lucro. Daí o exercício destas atividades, profissionalmente, ser configurado como a prática de atos de comércio por natureza ou subjetivos. Há, ainda, os atos objetivos, que são os desenvolvidos por não-comerciantes, mas que o legislador, expressamente, equipara a comerciantes.

Em suma, a teoria dos atos de comércio, por definição legal, equipara não-comerciantes a comerciantes, tendo em vista a prática dos aludidos atos, bastando que se encaixem na determinação legislativa, pois o ato é que é de cunho comercial.

Destaca Fran Martins³ que:

“Com a evolução da importância das empresas no exercício das atividades comerciais, os comerciantes são considerados empresários, isto é, os chefes das empresas (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.086). Tendo-se em conta que é considerado empresário ‘quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços’ (Projeto de Código Civil de 1975, art. 1.033), vê-se que o campo de ação do comerciante foi ampliado como o conceito de empresário, pois se no direito tradicional o comerciante era um simples

3 *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, nº 293, p. 83.

intermediário, no novo direito as atividades da empresa podem ser também de produção.”

Na verdade, o artigo correto é o 966 e não o 1.033, como consta da citação supra.

Com tal colocação, demonstrou o doutrinador que houve uma alteração de base no próprio entendimento no campo do direito comercial, quiçá, empresarial. O Código Comercial brasileiro não faz expressa menção aos atos de comércio e, do mesmo modo, não os elenca, mas é óbvia a sua filiação, pois de inspiração no “sistema francês de disciplina privada da atividade econômica”.⁴ A grande distinção entre os sistemas francês e italiano reside no fato de que, no primeiro,

“excluem-se atividades de grande importância econômica – como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária e a negociação imobiliária – do âmbito de incidência do direito mercantil, ao passo que, no segundo, se reserva uma disciplina específica para algumas atividades econômicas, tais como as dos profissionais liberais ou dos pequenos comerciantes”⁵.

Com efeito, a teoria da empresa constitui-se em novo paradigma de disciplina privada da economia e se adapta bem mais à realidade do capitalismo vigorante. A unificação dos direitos comercial e civil, como já apontado anteriormente, consiste no cerne de um novo disciplinamento privado da atividade econômica.

Entende-se empresa por atividade, tratando-se de uma unidade econômica, cujo intuito maior é a obtenção de lucro, e a forma através da qual realiza seu intento é por meio de “oferecimento ao mercado de bens ou serviços gerados mediante a organização dos fatores de produção, os quais, no capitalismo, compreendem a força de trabalho, a matéria-prima, o capital e, segundo alguns enfoques, também a tecnologia”.⁶

Isabel Vaz⁷ demonstra seu entendimento a respeito da empresa, considerando-a como instituição, dotada de personalidade jurídica. A aludida instituição tem por escopo a organização de fatores da produção para o

4 COELHO, Fábio Ulhôa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

5 *Ibid.*, p. 12.

6 *Ibid.*, mesma página.

7 *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 47.

“exercício de atividades econômicas ou a prestação de serviços em face dos princípios ideológicos adotados na Constituição”.

Não cabe aqui adentrar nas imensas discussões travadas entre os doutrinadores, que elaboraram exaustivos estudos e teorias sobre a pertinência ou não de considerar-se empresa como objeto de direito, e portanto, desprovida de personalidade jurídica, ou como instituição. Ultrapassamos tais questões, considerando-a como instituição.

Ressalte-se o fato de que a noção de empresa está imensamente ligada à questão econômica, muito embora no passado tenha havido discussões acerca da sua noção jurídica.

O Prof. Ulhôa Coelho⁸ demonstra que, em nossos dias, existe um crescente destaque pertinente à questão dos aspectos jurídicos relativos à atividade econômica, daí o Princípio da Preservação da Empresa. O comercialista afirma, inclusive, que há grande preocupação em torno da falência; isto se dá, com vistas à não interrupção do processo econômico-produtivo, diante do afastamento do falido.

A dissociação entre empresa e empresário é aspecto que se impõe, tanto que a legislação e a jurisprudência de países, em quase todo o mundo, se rendem ao fato de existir uma real função social da empresa.

Existe uma menção no art. 421 do Novo Código Civil, que trata dos contratos em geral, informando que o contrato possui uma função social, fato que merece relevo.

2.1.1. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PRESERVAÇÃO DA UNIDADE ECONÔMICA

No entendimento de Fábio Konder Comparato,⁹ pode-se dizer que a empresa é a instituição que melhor espelha a civilização contemporânea, no sentido de geração de influência, dinamismo e poder de transformação.

O papel da empresa, indubitavelmente, ganhou destaque na história dos povos, tendo em vista a dependência que exerce sobre a população ativa no mundo inteiro.

Em realidade, o instituto da empresa condensa a prestação de serviços e bens que são oferecidos à população e que constitui fonte de emprego e de arrecadação fiscal para o Estado, sem contar o intercâmbio comercial

⁸ *Op. cit.*, p. 14.

⁹ *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

que, na atualidade, representa uma fonte inesgotável de parcerias, tendo em vista a economia de mercado, de um mercado considerado global.

Obviamente que não se restringe a estes fatos, embora de grande valia para a economia, o destaque adquirido através dos tempos, das sociedades comerciais.

Setores “tradicionalmente avessos aos negócios viram-se englobados na vasta área de atuação da empresa”¹⁰. Como salienta Konder Comparato, tais setores são: escolas, universidades, hospitais, associações artísticas e clubes desportivos, profissionais liberais e as Forças Armadas, que se viram magneticamente atraídos pelos valores típicos da empresa, ou seja, o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente e a economicidade de meios.

Consideramos que não existe uma unidade comercial que seja melhor ou pior que as demais organizações empresariais. No entanto, será a modalidade societária ideal para as circunstâncias específicas ao desenvolvimento da atividade social.

No entanto os modelos societários do Código Comercial caíram em desuso, quase que por completo, tendo se destacado os decorrentes de legislação extravagante, como é o caso da sociedade por ações e da por quotas. É indispensável, para o exame da melhor alternativa, que se estejante do negócio a ser desenvolvido, sua estrutura e a necessidade de captação de financiamento no mercado. Uma vez detectadas as necessidades, deter-se-á em outro aspecto que é a grandiosidade da empresa, ou seja, é uma micro, pequena, média ou grande empresa. Destaque-se que para uma micro, pequena ou média empresa a modalidade mais conveniente é a sociedade por quotas, embora não esteja descartada a possibilidade de utilização da modalidade por ações. Todavia, a recíproca pode não ser verdadeira.

Inolvidável o fato de que, tradicionalmente, na abordagem do tema função social da empresa, a discussão está à volta das grandes empresas. No entanto, considera-se que não pode haver tal exclusividade na condução do problema, uma vez que a importância das sociedades por quotas de responsabilidade limitada tem-se evidenciado na história, comparativamente com as demais modalidades de organização societária.

Em realidade, o papel das unidades comerciais, desde seu surgimento, tem alavancado a economia mundial.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

Bastante contemporânea, embora ainda não abordada pelo Novo Código Civil, é a questão da responsabilidade social da empresa, que está intimamente ligada ao fato de que existem vários elementos que fazem com que haja um retorno social do ganho econômico por ela, empresa, auferido e, ainda, a relevância da existência de diversas categorias de vínculos. Tais vínculos dizem respeito ao envolvimento de pessoas físicas e jurídicas que mantêm algum grau de relacionamento com a empresa. Essas pessoas são os empregados, que representam o material humano que executa a atividade da empresa, propriamente dita; os consumidores e clientes, que perfazem o público alvo e que, em última análise, conduzirão ao lucro; os fornecedores, dos quais a empresa obtém o material indispensável à industrialização e à comercialização – dependendo, obviamente, da natureza da atividade desenvolvida –; os credores; os próprios empresários-sócios-quotistas e, por fim, a sociedade como um todo.

Ressalte-se o fato de que existem controvérsias sobre a conceituação da responsabilidade social da empresa; por ser imprescindível à compreensão do tema, deve-se esclarecer que:

“esta terminologia para uns, é tomada como uma responsabilidade legal ou obrigação social; para outros, é o comportamento socialmente responsável em que se observa a ética, e para outros, ainda, não passa de contribuições de caridade que a empresa deve fazer. Há, também, os que admitem que a responsabilidade social é, exclusivamente, a responsabilidade de pagar bem aos empregados e dar-lhes bom tratamento. Logicamente, responsabilidade social das empresas é tudo isto, muito embora não seja somente estes itens isoladamente”¹¹.

Adotar-se-á o conceito de responsabilidade social da empresa como sendo “a capacidade de a empresa colaborar com a sociedade, considerando seus valores, normas e expectativas para o alcance de seus objetivos”¹².

A responsabilidade social da empresa, dentro desta perspectiva, diz respeito não só à atuação responsável, consciente e dentro dos trâmites legais por parte do empresário, mas em especial à representatividade que

11 ZENISEK, Thomas J. “Corporate social responsibility, a conceptualization based on organizational literature.” *Academy of Management Review*, 4(3): 359-69, 1979 in *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, out/dez. 1984.

12 *Ibid.*, p. 205.

ela – empresa – tem dentro da coletividade. Com efeito, deverá haver certa reciprocidade entre a empresa e a coletividade.

A visão tradicional que se tem da missão da empresa deixou de ser aquela meramente econômica, onde o empresário só visa o lucro. O contexto atual nos leva a admitir que a missão da empresa é também de cunho social, tendo em vista a exigência de corresponder às expectativas da coletividade e do Estado. Esta mesma coletividade e Estado, em igual medida, tendem a conservar o ente econômico que, de algum modo, colabora na estabilidade e na manutenção da ordem social.

Um dos caminhos que podem conduzir à satisfação deste objetivo é fornecer instrumentos legais que corroborem com a manutenção do *status quo*, sem deixar que as situações se mostrem de forma negativa, ou seja, que conduzam à extinção do ser social.

Não se tem a pretensão de esgotar a temática da função social da empresa, uma vez que já foi demonstrado ser ela bastante discutida e discutível na doutrina econômica, mas procura-se aqui demonstrar a preocupação com esse tema, tendo em vista as justificativas, já esposadas por nossos tribunais, no sentido de admitir a sobrevivência da sociedade, galgadas no instituto da função social que a empresa desempenha durante o desenvolvimento de suas atividades.

Com o advento do atual texto constitucional alçou-se a função social como princípio, muito embora já estivesse previsto na Lei nº 6.404/76. Na afirmação de Isabel Vaz¹³:

“(...) a empresa é devedora e credora. É devedora de nível de vida em relação àqueles que vivem dela: trabalhadores, dirigentes, financiadores. É devedora também de segurança econômica, logo, de estabilidade no emprego, da promoção coletiva e individual dos homens. Ela deve criar o bem-estar, inovar e difundir os benefícios de sua criatividade. Ela é a grande devedora da substância financeira que alimenta, pela fiscalidade e pela parafiscalidade, o funcionamento dos serviços públicos, redistribuição das rendas em nome da solidariedade e da segurança sociais.”

A aludida doutrinadora expõe a imensa interseção que forma a malha social e que envolve de maneira definitiva a empresa, como um dos elementos responsáveis por sua evolução econômica e social.

13 *Op. cit.*, p. 505.

A função social está profundamente ligada à liberdade de iniciativa empresarial e à propriedade privada. Explica-se tal elo de ligação, tendo em vista que a propriedade privada, numa visão histórica, teve um conteúdo justificado pela segurança e subsistência das famílias. No entanto, com a evolução das indústrias e a produção em escala, o enfoque dado à subsistência ganhou nova consistência adquirindo relevância social, que se faz observar a partir “da garantia de emprego e de salário justo”¹⁴.

A visão demonstrada expressa o redirecionamento da linha mestra da propriedade privada, que possuía um caráter individual e, com a nova configuração da realidade econômica, adquiriu uma dimensão coletiva. Daí que, no dizer de Sérgio Varella Bruna¹⁵ “o dever de empregar os bens de produção segundo a função social obriga seu titular a dar-lhes destino socialmente útil, que tenha em vista não somente os interesses individuais do proprietário, mas também os interesses da coletividade”.

Em suma, não se pode, na atualidade, conferir um papel à liberdade de iniciativa empresarial desvinculado dos valores sociais, qual seja, a realização da justiça social, através de uma melhor distribuição de rendas e da valorização do trabalho humano, este último, vinculado à própria dignidade do homem.

O Prof. Konder Comparato¹⁶ faz uma afirmação bastante própria relativamente a esta questão:

“a propriedade sob a forma de empresa’ não somente tem uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário, nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social.”

2.2. AUTONOMIA PATRIMONIAL E PERSONALIDADE JURÍDICA

Crê-se que seja relevante apontar-se para a questão da autonomia patrimonial e para a personalidade jurídica, tendo em vista a adoção, por parte do legislador do Novo Código Civil, das modalidades sociedade não personificada e personificada, já indicados ao início.

Na verdade a criação dos modelos societários de responsabilidade limitada gravitou em torno da responsabilidade patrimonial dos sócios.

14 BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 140.

15 *Ibid.*, p. 141.

16 *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101.

Desta forma, impõe-se a existência de personalidade jurídica distinta entre a sociedade e seus sócios, portanto, autonomia e independência patrimonial de ambos.

O Prof. Ferrer Correia¹⁷ afirma que “a personalidade jurídica das sociedades depende de uma condição prévia: a autonomia patrimonial”.

Para o comercialista português, a autonomia patrimonial é dado que se impõe na consideração da responsabilidade da sociedade e de seus sócios, quando se faz referência à sociedades cuja responsabilidade é limitada, tais como: sociedade por ações e por quotas. Assim diz ele:

“se pelas dívidas da sociedade responderem os sócios, com todos os seus bens, e os credores de cada um tiverem ação para obrigar e executar os bens sociais – certo não poderá surgir a questão da personalidade jurídica da sociedade. Pois este conceito exprime, com realidade fundamental, que é a própria sociedade o titular dos direitos e obrigações emergentes dos atos nela encabeçados”.

Portanto, é necessário que haja a distinção do patrimônio dos sócios da sociedade. Completando esse raciocínio acrescenta-se que o patrimônio da sociedade responderá, invariavelmente, de forma ilimitada, e o dos sócios, integralizado o capital social, será limitado.

Em sendo integralizado o capital social, o patrimônio da sociedade é um e o dos sócios é outro. Compartilhamos o entendimento do comercialista José Edwaldo Tavares Borba¹⁸, quando afirma que:

“o patrimônio pessoal do sócio ficará a salvo de execuções ou penhoras dirigidas contra a sociedade. Esse posicionamento tem sido resguardado pela jurisprudência, a qual somente vem admitindo a penhora de bens do sócio quando este, sendo gerente, tenha procedido contra a lei ou o contrato social (art. 100).”

Com a adoção deste entendimento conclui-se que não existe a confusão de patrimônios, ou seja, o patrimônio da sociedade não se confunde com o de seus sócios, que possuem patrimônio pessoal desvinculado da sociedade. A sociedade tem um patrimônio destinado à realização dos fins

17 *Lições de Direito Comercial – Sociedades Comerciais. Doutrina Geral*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1968. v. 2, p. 60.

18 *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, pp. 92-93.

para os quais foi constituída e seus bens servem de garantia aos credores sociais.

A opção por um dos dois modelos exógenos ao Código Comercial se dá em função da impossibilidade de os credores particulares dos sócios executarem os bens da sociedade, pois esses são distintos dos bens do sócio devedor, donde pode-se dizer que há autonomia e distinção patrimonial. Na verdade, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica serve de base a um outro princípio, o da livre iniciativa, indispensável à economia de mercado, uma vez que motiva o particular a empreender, ou seja, a explorar uma atividade econômica, sem os inconvenientes de arriscar seu patrimônio individual neste empreendimento. Como ressalta Fábio Ulhoa Coelho¹⁹:

“se a atividade não se revelar frutífera, por qualquer fator econômico, de ordem conjuntural ou estrutural, ou por razões específicas, somente os bens destinados a sua exploração poderão ser afetados no atendimento de interesses de terceiros credores.”

Na verdade, a atividade econômica é, eminentemente, de risco. Todavia, a assunção de tal princípio põe ao resguardo de eventualidades o patrimônio pessoal do empreendedor, o que lhe dá certa tranqüilidade na condução dos negócios. No entanto, o princípio da autonomia patrimonial não lhe garante agir ao seu bel-prazer e de forma irresponsável, muito pelo contrário. Daí a existência de exceções à regra geral da distinção patrimonial e responsabilidade limitada. Tais exceções têm que vir estabelecidas legalmente para que possam ser reconhecidas, e dizem respeito aos casos de responsabilização dos representantes legais da sociedade e, ainda, de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

2.2.1. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica foi prevista no art. 50 do novo Código Civil e, embora, originariamente, tenha sido modificado seu conteúdo, aprimorou-se, todavia, em decorrência da brilhante intervenção de seu precursor nacional, o Prof. Rubens Requião, que o reconduziu à fidelidade da doutrina estrangeira.

19 *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, também denominada do superamento da personalidade jurídica, da penetração, *disregard doctrine* e *disregard of legal entity*, para citar os nomes mais conhecidos, é bastante recente, pois sua sistematização com fulcro na jurisprudência pesquisada na Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha, deu-se na década de 50, pelo jurista alemão Rolf Serick, citado por Ulhoa Coelho²⁰.

Entre nós, esta teoria apareceu no fim dos anos 60, pela mão do Prof. Rubens Requião²¹, sendo que não foi profundamente assimilada por nosso contexto jurídico, o que pode ser constatado a partir de acórdãos proferidos pelos tribunais, que não têm sintonia com os requisitos indispensáveis à concretização desta teoria. Apesar disto, essa teoria é aplicada.

O próprio Prof. Serick afirma que:

*“a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros”*²².

Atualmente, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor a nomina, muito embora tenha feito uma certa confusão. O aludido artigo enumera os casos, em seu *caput*. Todavia, alguns dos casos descritos, em realidade, configuram casos de responsabilização dos representantes da sociedade, que já contam com disciplina legal pacífica no direito societário, e não de desconsideração da personalidade jurídica²³.

Como já ressaltado, a pessoa jurídica distingue-se das pessoas físicas de seus integrantes. É o que estabelece o art. 20 do Código Civil nacional, daí a distinção e atribuição de personalidades distintas. No entanto, segundo Fabio Ulhoa Coelho²⁴:

“a autonomia patrimonial, com efeito, apesar de sua plena compatibilização com os fundamentos da economia de mercado, pode dar ensejo à realização de fraudes, em prejuízo de credores ou

20 *Op. cit.*, p. 214.

21 “Disregard Doctrine.” *RT*, v. 410, pp. 12-24.

22 *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*. ed. italiana. Milão: Giuffrè, 1996. p. 14.

23 Sobre esta questão, ver GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* “Comentários ao CDC”. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

24 *Op. cit.*, p. 217.

de objetivo fixado por lei. Ao apontar as circunstâncias em que se mostra legítimo não se levar em conta a forma da pessoa jurídica, com o intuito de coibir o seu mau uso, a teoria da desconsideração reforça a importância do instituto e, melhorando-o, contribui para a sua preservação e desenvolvimento. Trata-se de teoria contra o uso indevido da personalização dos entes morais e não contra estes.”

Com tal afirmação, o doutrinador destaca o relevo da doutrina da penetração, mas, ao mesmo tempo, identifica que não se pode ter como intransponível o universo jurídico daqueles representantes da sociedade. Muito ao contrário, quando se identificar caso em que esta esteja sendo usada como verdadeiro instrumento de fraude ou abuso de direito, premeditadamente, por seu representante ou sócios, será possível afastar-se a pessoa jurídica, com o intuito de alcançar-se o real agente do fato. Nesses casos, percebe-se a importância do instituto, que vem pôr a salvo o princípio da autonomia patrimonial preservando, por assim dizer, a pessoa jurídica e seu relevo para a motivação da iniciativa privada.

O Prof. Ulhôa Coelho aponta que, para a utilização da teoria da desconsideração, a análise deverá ser feita caso a caso, e sua aplicação demonstra:

“a ineficácia episódica do ato constitutivo e não a sua desconstituição parcial (expulsão de sócio) ou total (dissolução) como meio de repressão ao uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica”²⁵.

Tal ineficácia episódica atinge somente o fato ilícito específico e não o ato constitutivo da empresa, preservando-se o restante dos atos não fraudulentos.

O mesmo Prof. alerta para a cautela que se deverá ter na apreciação do implemento da teoria em apreço, pois a mesma não se configura pela ocorrência de dano sofrido pelo credor; é indispensável, porém, a comprovação de que o aludido dano se deu em função da utilização da autonomia patrimonial com fraude ou abuso da mesma.

O Prof. Serick²⁶ ao desenvolver a teoria da desconsideração o fez, tendo em vista seu caráter subjetivo, o que significa que, a não ser que seja

²⁵ *Op. cit.*, p. 221.

²⁶ *Op. cit.*, p. 17.

evidenciada a fraude ou abuso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, não se pode falar em desconsiderá-la. O elo de ligação que autoriza a aplicação da teoria em questão está ligado à manipulação da autonomia patrimonial, daí a possibilidade de, quanto àquele fato ou negócio específico, ir buscar o autor da manipulação, perpetuando-se, todavia, os demais atos e a própria empresa. Como se pode perceber, ainda é bastante intrincada a aplicação e a própria configuração dessa teoria, havendo, inclusive, quem combata seu caráter subjetivo, reelaborando a doutrina galgada em caráter diametralmente oposto, ou seja, idealizando a concepção objetiva. Porém, seus postulados são, ainda, embrionários e não isentos de riscos, face às múltiplas dificuldades da própria definição do instituto.

Vê-se, portanto, que ainda existe um longo caminho a percorrer, mas evidencia-se a necessidade de fazê-lo. A justificativa maior ensejadora da compreensão da Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica consiste no princípio da preservação da empresa, que possui estreita ligação com a teoria ora exposta. Com efeito, a atividade econômica comunga com um espectro quase infinito de relações. Tais relações, muitas vezes, vêm-se abaladas, causando desordem social, e a solução destes conflitos, se não puderem ser evitados, deve ser imediata, no sentido de causar o mínimo de prejuízo para a sociedade como um todo.

Reforçam tal entendimento as considerações finais de Zelmo Denari²⁷ nos comentários que faz ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, quanto à justificativa de inserção da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica naquele diploma legal, embora se saiba controvertido:

“no plano filosófico, filia-se às vertentes substancialistas da Escola do Direito Livre, filha dileta de Herman Kantorowics, bem como aos métodos interpretativos da Jurisprudência de Interesses (Interessenjurisprudenz) propostos por Philip Heck. Aquela, clamando o aplicador da norma a se libertar do jugo das amarras legislativas, decidindo em conformidade com os reclamos sociais; esta, respeitando o direito legislado, mas, de todo modo, conciliando os julgadores a não assumir uma postura meramente cognoscitiva da normatividade posta – como sugere a Dogmática Jurídica e seu último rebento, a Jurisprudência de Conceitos

²⁷ Comentários ao Código Brasileiro do Consumidor.

(Begriffsjurisprudenz) – mas, a um só tempo, crítica e sobretudo criativa, diante da concretude dos interesses opostos.”

O desenvolvimento destas doutrinas está a demonstrar o comprometimento evidente dos tribunais com a realidade emergente, autorizando-os a estar em sintonia com os reclamos sociais.

3. À GUIA DE CONCLUSÃO

Como visto, existem inúmeras críticas ao Novo Código Civil. Todavia, é importante destacar que há alguns elementos extremamente importantes para a sociedade, dentre eles, a incorporação ao Novo Código Civil da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que poderá conduzir a doutrina societária nacional a um novo rumo ousando viabilizar a unipessoalidade societária, pois nos países onde a unipessoalidade societária é admitida, há mecanismos que visam prevenir a confusão de patrimônios e a utilização desvirtuada do sócio único do ente social; exemplo disso é a publicidade dos atos, dentre outros tantos. Desta forma, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, quando há admissão de unipessoalidade societária, é bastante desenvolvida nestes países. Como demonstra Calixto Salomão Filho²⁸:

“na Alemanha, a própria admissão da sociedade unipessoal foi facilitada pelo desenvolvimento da teoria da desconsideração, vista como um meio de ‘domesticar’ a sociedade unipessoal. Na Itália, até muito recentemente (antes da transformação em lei da XII Diretiva Comunitária), a disciplina da sociedade unipessoal se resumia à responsabilidade ilimitada do sócio em caso de falência prevista no art. 2.362 do Código Civil. Por outro lado, a disciplina da desconsideração se resumia praticamente às sociedades unipessoais, já que o art. 2.362 era visto como a consagração legal de tal teoria e conseqüentemente como única hipótese possível de desconsideração”.

Tal fato nos remete à importância que há que ser dada a este instituto, tendo em vista a unipessoalidade societária.

As críticas tendem a ser levadas em conta por força de certa falta de ousadia e mesmo de sintonia com outros diplomas legais, ansiados pela sociedade, como é o caso do Projeto de Lei de Falências.

²⁸ A *Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 119.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, José Edwaldo. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 353, Rel.: Sen. Pedro Teixeira, 1993.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico*. São Paulo: RT, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhãa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial. Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Comercial – Sociedades Comerciais Doutrina Geral*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1968. v. 2.
- DENARI, Zelmo *et al.* “Comentários ao CDC”. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* “Comentários ao CDC”. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, nº 293.
- REQUIÃO, Rubens. “Disregard Doctrine”. *RT*, v. 410, pp. 12-24.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- SERICK, Rolf. *Rechtsform und Realitaet Juristischer Personen*, ed. italiana. Milão: Giuffrè, 1996.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZENISEK, Thomas J. “Corporate social responsibility, a conceptualization based on organizational literature.” *Academy of Management Review*, 4 (3): 359-69, 1979. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, out/dez. 1984.