

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO
PROCESSUAL DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Letícia Moreira Rotta

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO
PROCESSUAL DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Letícia Moreira Rotta

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP
2015

Rotta, Letícia Moreira

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual Do Trabalho à luz do Novo Código De Processo Civil / Letícia Moreira Rotta. Presidente Prudente, SP – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” - Toledo, 2015. 111f.

Monografia de conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.
Orientador: Edson Freitas de Oliveira.

1. Autonomia Patrimonial. 2. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Direito Processual Trabalhista. 4. Novo Código de Processo Civil. I. Título.

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO
PROCESSUAL DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Monografia
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Wellington Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente, 21 de outubro de 2015.

RESUMO

O presente estudo analisa a aplicação prática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho; traça um paralelo entre a atual forma e o Novo Código de Processo Civil, dispositivo processual inovador ao determinar o procedimento a ser seguido quando da incidência concreta da teoria. Ainda, busca demonstrar que a desconsideração, teoria originada do direito anglo-saxão e desenvolvida pela jurisprudência, funciona como mecanismo idôneo para evitar desvios, não pretendendo por um fim à personalidade autônoma da pessoa jurídica, mas afasta-la, episódica e transitoriamente, quando preenchidos os requisitos necessários, pois apesar de reconhecida pelo ordenamento jurídico como ente autônomo, sendo-lhe concedida personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, a pessoa jurídica não pode ser utilizada como instrumento que contrarie o ordenamento jurídico. Conclui que além dos requisitos determinados pelo artigo 50 do Código Civil, para aplicação da teoria é também necessário que o caso concreto não caracterize hipótese de responsabilização direta prevista pelo ordenamento. A partir do método hipotético-dedutivo várias questões processuais envolvendo a aplicação da teoria foram abordadas na tentativa de adequá-las ao novo procedimento, principalmente em relação ao Direito do Trabalho. O legislador do Novo Código de Processo Civil, optando pela via mais econômica, determina a aplicação da desconsideração por meio de incidente, quando preenchidos os pressupostos específicos determinados pelo direito material, e com a adequada observância do princípio constitucional do devido processo legal. Não obstante, o estudo demonstra que no Direito do Trabalho tanto as normas de direito material comum, como as do Código Civil, quanto as processuais previstas pelo Código de Processo Civil são subsidiariamente aplicáveis ao Direito Trabalhista; assim, perfazem-se aplicáveis ao processo trabalhista as normas referentes à desconsideração da personalidade jurídica, sejam os requisitos do artigo 50 do Código Civil, seja a regulamentação procedimental que entrará em vigor com o Novo Código de Processo Civil. Por fim, o estudo conclui que o caráter essencial e privilegiado do crédito trabalhista não justifica a dispensa aos preceitos constitucionais do devido processo legal, demonstrando a necessidade de uma adaptação por parte do Direito Trabalhista no que se refere à forma de aplicação teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois atualmente o faz diante da simples inadimplência do credor.

Palavras-chave: Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Autonomia Patrimonial. Aspectos Processuais. Novo Código de Processo Civil. Direito do Trabalho. Adequação Procedimental.

ABSTRACT

This study analyzes the practical application of the theory of piercing the corporate veil in Labor Law. Draws a parallel between the current form and the New Code of Civil Procedure, innovative procedural device to determine the procedure to be followed when there is actual incidence of the theory. Also seeks to demonstrate that the disregard, theory originated from Anglo-Saxon law and developed in the jurisprudence, works as an appropriate mechanism to prevent fraud, not intended for putting an end to the autonomous personality of the corporation, but put it away episodically and transiently, when the necessary requirements are filled, because although recognized by law as an autonomous entity being granted legal personality and patrimonial autonomy, the legal entity can-not be used as an instrument contrary to the law. It concludes that even beyond the requirements set by Article 50 of the Civil Code, to apply the theory it is also necessary that the case does not characterize the event of direct accountability expected by the system. From the hypothetical-deductive method, several procedural issues involving the application of the theory have been addressed in an attempt to adapt them to the new procedure, especially in relation to labor law. The legislator of the new Civil Procedure Code, opting for the cheapest way, required the adoption of disregard by incident when filled the specific assumptions determined by the direct material, and with the proper observance of the constitutional principle of due process. Nevertheless, the study shows that in the labor law, both the rules of common substantive law such as those of the Civil Code, and the procedure provided for by the Civil Procedure Code are also applicable; thus add up that the related standards of the theory of piercing the corporate veil are also applicable to the labor process, being the requirements of Article 50 of the Civil Code, and the procedural regulation that will come into force with the new Civil Procedure Code. Finally, this paper concludes that the essential and privileged character of labor credit does not justify the dismissal of the constitutional precepts of due process, demonstrating the need for an adaptation of labor law regarding the form of theory application of piercing the corporate veil as it currently does on the simple default of the lender.

Keywords: Theory of Piercing the Corporate Veil. Balance autonomy. Procedural Aspects. New Civil Procedure Code. Labor Law. Procedural Suitability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PESSOA JURÍDICA.....	11
2.1 Desenvolvimento Histórico do Conceito de Pessoa Jurídica	13
2.2 Natureza Jurídica	17
2.3 Classificação	20
2.3.1 Tipos Societários	23
3 A PERSONALIDADE JURÍDICA AUTÔNOMA DA PESSOA JURÍDICA	30
3.1 O Princípio da Autonomia Patrimonial	33
3.2 Capacidade e Representação.....	37
4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	42
4.1 Origem Histórica	43
4.2 Conceito e Natureza Jurídica	50
4.3 As Teorias Maior e Menor	52
4.4 Pressupostos para Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica segundo o Código Civil de 2002	57
4.5 Diferença entre as hipóteses de Responsabilidade e de Desconsideração.....	62
4.6 Aspectos Processuais da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no ordenamento brasileiro	64
5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	72
5.1 Contraditório.....	75

5.2 Ampla Defesa.....	77
5.3 O Novo Código de Processo Civil e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	79
6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	87
6.1 A aplicação Subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Trabalhista	87
6.2 A Atual Forma de Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual do Trabalho	95
6.3 O Direito Processual Trabalhista e o Novo Código de Processo Civil	98
7 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa abordou, de forma específica, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista, principalmente em execução; tomou por base as novas determinações procedimentais incluídas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), atualmente em *vacatio legis*.

Tal estudo justificou-se na medida em que, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil carece nossa legislação de uma regulamentação específica e adequada para a incidência prática da teoria da desconsideração, situação que resulta numa imensidão de julgados contrários aos fundamentos da teoria.

Em especial o Direito Processual do Trabalho, que apresenta as maiores controvérsias a respeito de sua aplicação, pois, ao tentar – mesmo que exageradamente – proteger seus princípios específicos, acaba desvirtuando a aplicação processual da *disregard doctrine*, chegando quase que a negar a existência de uma personalidade jurídica autônoma, concedida pelo ordenamento à pessoa jurídica.

De forma geral, nos primeiros capítulos, através de uma detalhada explicação dos fundamentos e objetivos destinados à teoria da desconsideração, o presente trabalho buscou demonstrar a clara necessidade de reconhecer a pessoa jurídica como ente autônomo em relação aos seres naturais que a compõe, em consonância com o regramento apresentado em nosso ordenamento.

Não obstante, de forma específica, objetivou apresentar a teoria retratada como exceção, nitidamente, aplicável nos casos onde a regra da autonomia poderia ser afastada, uma vez que comprovados no caso concreto, respeitando-se nesta busca pela verdade, a garantia constitucional do devido processo legal.

Tais objetivos foram alcançados a partir da utilização do método hipotético-dedutivo e por meio da explanação de obras doutrinárias e acórdãos provenientes de nossos Tribunais, bem como pelas disposições normativas existentes em nosso ordenamento, mesmo que escassas e muitas vezes superficiais.

A falta de disposições normativas acentua-se no campo processual, pois até que o Novo Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho é plenamente aceitável neste caso, entre em vigor, não existe disposição procedimental em nosso ordenamento.

Tal lacuna abre margem a um alto grau de discricionariedade por parte do magistrado, que acaba aplicando a teoria conforme seu entendimento pessoal, e não de forma imparcial e com base em normas jurídicas apresentadas pelo legislador, o que põe em risco outras disposições do ordenamento, como a personalidade autônoma da pessoa jurídica.

Diante das hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o foco do presente estudo ficou nas pessoas jurídicas de direito privado, enumeradas no artigo 44 do Código Civil de 2002, especificamente no tocante às sociedades, quando empresárias.

Não constou como objetivo do presente estudo aprofundar-se nas diversas espécies de responsabilidade, mas sim demonstrar que, excepcionalmente, o sócio com responsabilidade limitada pode vir a responder com seu próprio patrimônio por obrigação inicialmente da sociedade empresária da qual faz parte.

Também não buscou dar grande enfoque as divergências relacionadas à aplicação prática da teoria nem adentrar no questionamento sobre qual norma de direito material sobre a *disregard doctrine* mais se adequaria ao Direito Trabalhista: o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor.

Buscou na verdade explanar o panorama atual e eventuais mudanças diante do Novo Código de Processo Civil.

Organizado de forma ordenada, por meio de seus tópicos abordou: o instituto da pessoa jurídica, seu conceito, natureza jurídica e classificação; a personalidade jurídica autônoma conferida pelo Estado e suas consequências; a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sua origem, conceito, pressupostos e aspectos processuais; e o primado constitucional do devido processo legal, abrangendo o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, explanou a nova regulamentação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, relacionando-a ao Direito do Trabalho.

2 A PESSOA JURÍDICA

Visto em seu sentido subjetivo, o direito consiste no poder ou faculdade de agir conferido a um sujeito, que então passa a ser titular de relações jurídicas, cabendo-lhe a possibilidade de exigir ou o dever de cumprir e, ainda, ambos (SILVA, A.C., 1999, p. 11).

Sabendo-se que na terminologia jurídica o vocábulo “pessoa” apresenta um sentido bem mais amplo que o simples “ser humano”, Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto afirmam (2012, v. 1, p. 72):

Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns.

Neste sentido, o ordenamento jurídico culmina na existência de duas espécies de pessoas: a jurídica e a natural.

A primeira se refere aos seres humanos, e a segunda, quando privada, às associações, sociedade, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada.

A pessoa jurídica surge da necessidade e das vantagens oriundas das práticas comerciais, pois o homem, eminentemente social, agrupa-se a outros com vistas a um fim comum (DINIZ, 2012, v. 1, p. 263). Entretanto, para que se tenha a figura da pessoa jurídica é insuficiente que o grupamento físico apenas se forme.

Neste sentido, expõe Alexandre Couto Silva (1999, p. 16) que para o nascimento da personalidade jurídica é insuficiente o simples agrupamento de indivíduos, sendo vital a existência de uma vinculação jurídica específica, responsável por dar unidade orgânica à pessoa jurídica.

Desta forma, “[...] assume a entidade formada sua própria existência, que a distingue dos elementos (pessoas naturais) que a compõem.” (SILVA, A.C., 1999, p. 16).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê constitucionalmente e dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, o direito à associação, preceito

positivado em seu artigo 5º, inciso XVII, o qual cita que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Assim, não basta que o homem se agrupe a outros, sendo necessário ainda que se cumpram as formalidades legais para que a pessoa jurídica ingresse na vida jurídica como ente próprio.

Neste aspecto, conforme os ensinamentos de Ationel Luiz Cardoso (1999, p. 21-22), existem três requisitos para o nascimento da pessoa jurídica: a vontade humana, a ser emitida de acordo com o direito; a observância das condições legais quanto à forma de constituição; e a licitude de seus propósitos.

Notavelmente, a finalidade da atividade a que se destina o novo ente deve ser lícita, pois não pode o ordenamento aceitar a existência de uma pessoa jurídica cuja finalidade atente contra o próprio direito (VENOSA, 2010, v. 1, p. 228).

Por vontade humana entenda-se: a intenção de criar uma entidade diferente das pessoas naturais que representam seus membros, diante da vontade convergente de duas ou mais pessoas, estas, materializadas no ato de constituição, que deverá ser redigido e registrado no órgão competente (GONÇALVES, 2012, v. 1, p. 220).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 302):

O contrato de sociedade é a convenção por via da qual duas ou mais pessoas se obrigam a conjugar seus esforços ou recursos a contribuir com bens ou serviços para a consecução de fim comum mediante o exercício de atividade econômica, e a partilhar, entre si, os resultados [...] O interesse dos sócios é idêntico; por isso todos, com capitais ou atividades, se unem para lograr uma finalidade, econômica ou não.

Salvo as exceções legais, o que dá origem à pessoa jurídica é a vontade humana, não sendo necessário ato administrativo de concessão ou de autorização, entretanto, a personalidade jurídica a lhe ser conferida fica em estado potencial até que serem preenchidas as demais formalidades legais (DINIZ, 2012, v. 1, p. 301).

O nascimento legal da pessoa jurídica de direito privado, segundo o artigo 45 do Código Civil de 2002, dá-se com a inscrição do respectivo ato constitutivo, em forma pública ou particular, no registro competente, que resulta na aquisição de personalidade própria para a pessoa jurídica (LOPES, 1996, v. 1, p. 373).

No tocante às sociedades empresárias, nos termos do artigo 967 do Código Civil, o registro corresponde à inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, sob a competência da respectiva Junta Comercial (KÜMPEL, 2013, p. 02).

Podemos afirmar então que o legislador brasileiro, no tocante à formação da pessoa jurídica, adotou o sistema das disposições normativas, posição intermediária em relação aos outros dois sistemas: o da livre associação e do reconhecimento (VENOSA, 2010, v. 1, p. 258).

Sílvio de Salvo Venosa (2010, v. 1, p. 258) afirma ainda que por este sistema, a vontade humana tem liberdade de criação, não sendo necessário ato de reconhecimento por parte do Estado, salvo situações onde a autorização se faz necessária. Entretanto, exige-se que tal criação obedeça a condições determinadas na lei.

2.1 Desenvolvimento Histórico do Conceito de Pessoa Jurídica

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 357) a atual concepção de pessoa jurídica provém dos Direitos Romano, Germânico e Canônico, e diante da convergência de diversos fatores históricos.

Referido autor aponta que na evolução do conceito, claramente ocorrida no Direito Romano, é possível verificar um conflito entre os princípios da unidade e da universalidade, afirmando (LOPES, 1996, v. 1, p. 357):

Não se compreendia, de começo, outra coisa senão as pessoas humanas, que formavam o grupo; não se lobrigava senão a entidade na coletividade. Somente após uma evolução notável das ideias é que a coletividade se abismou para cristalizar-se na unidade, mas unidade autônoma e independente, desaparecendo, a seu turno, o valor do indivíduo, singularmente, como acontecia na universalidade.

O conceito da pessoa jurídica, propriamente dito, surgiu no Direito Romano, sendo aprofundado pelo Direito Canônico, “[...] quando o termo pessoa começou a ser aplicado corretamente, ao tratar a pessoa jurídica como entidade distinta dos seus membros” (CLÁPIS, 2006, p. 12).

No período romanístico antigo do Direito Romano era desconhecido o conceito de pessoa jurídica, desenvolvido apenas no período do Império (FREITAS, 2007, p. 26).

Na primeira fase do Império Romano, “conheciam-se, entretanto, certas associações de interesse público, como *universitates, sodalitates, corpora e collegia*” (MONTEIRO; PINTO, 2012, v. 1, p. 140).

Neste sentido Miguel Maria de Serpa Lopes afirma (1996, v. 1, p. 357-358):

Originalmente, desconhecia-se no Direito romano o conceito de pessoa jurídica. Se ao Estado e a outras entidades corporativas concedia-se um poder jurídico, não se lhes reconhecia, contudo, a qualidade de sujeito privado, pois o *ius privatum* se cingia aos indivíduos, como o *ius publicum* ao *populus*. O patrimônio do Estado não figurava como um bem do Estado; era considerado como uma *res extracommercium*. Só mais tarde, ao tempo do império, por ocasião da constituição dos municípios, despontou e desenvolveu-se o conceito de pessoa jurídica. Nasceu dos estatutos concedidos às cidades itálicas, conquistadas pelos romanos e por eles atraídas à órbita do Estado romano.

Passando-se pelo Direito Justiniano, as pessoas jurídicas receberam maior enfoque (FREITAS, 2007, p. 26), enriquecendo-se com “[...] o acréscimo das fundações” (MONTEIRO; PINTO, 2012, v. 1, p. 140).

Num último período foram definidas e reconhecidas duas espécies de pessoa jurídica: as *universitates personarum*, referentes aos grupamentos de indivíduos, como os colégios de sacerdotes e as associações de artesões; e as *universitates bonorum*, representadas por fundações, estabelecimentos pios e benéficos, e ainda hospitais (FREITAS, 2007, p. 26).

Entretanto, as chamadas *societas* (termo em latim que deu origem ao vocábulo “sociedade”) eram excluídas, sendo-lhes negada personalidade, por serem compreendidas como uma relação puramente contratual entre sócios, vistos como os reais titulares do direito (LOPES, 1996, v. 1, p. 358).

Nas palavras de Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 26-27):

Enquanto a *universitas* era compreendida como um sujeito jurídico, a *societas* era vista como uma relação jurídica. Passou-se a entender a sociedade como um vínculo contratual entre os sócios, ao passo que os sócios seriam sempre sujeitos, capazes de adquirir direitos, obrigar-se e responder pessoalmente com seu patrimônio; a sociedade não existiria em

relação a terceiros. [...] Se na sociedade o patrimônio se configuraria como comum entre os sócios, nas *universitas* o patrimônio pertencia somente ao ente, ao passo que os membros não teriam direito a ele.

Ationel Luiz Cardoso (1999, p. 37), sintetizando tal evolução, apresenta os seguintes conceitos:

[...] o *ius privatum (jus civile)* só tocava às pessoas físicas, aos *civis*. Os *collegia* e as *sodalitates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra commercium*. A própria terra do povo, *ager publicus*, não pertencia a ninguém. O próprio *ius* para os negócios jurídicos era *publicum* e não *privatum*. Quando a *res publicai* teve de entrar em comércio, provatizou-se. Iniciou-se pelo *municipium*, que passou a ser pessoa, no direito privado. Ao depois, personificaram-se *collegia*, *sodalitates* e *universitates*.

No Direito Germânico também não se tinha um conceito para as pessoas jurídicas, sendo as pessoas naturais, componentes da coletividade, os reais sujeitos de direito. Foi somente com a recepção do Direito Romano que o Germânico passou a conceituar a pessoa jurídica (MONTEIRO; PINTO, 2012, v. 1, p. 140).

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 358):

Não foi senão em época mui posterior que no referido Direito se processou a evolução, tão pronta nos romanos, no sentido de ser transposta a fase da universalidade para a unidade, pois, até então, a coletividade não era concebida distintamente dos indivíduos que a compunham. Dava-se preferência ao conceito de sociedade, com abandono do de pessoa jurídica [...] Não existiu, assim, entre os germanos, senão numa época recente, esse tratamento unitário da pluralidade. Sob a influência romana, porém, entre eles se desenvolveu a ideia de pessoa jurídica tomando uma forma definida.

O Direito Canônico também se mostrou relevante. Segundo Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2012, v. 1, p. 140), o desenvolvimento da pessoa jurídica enquanto instituto culminou no surgimento das fundações, neste ponto chamadas de *corpus mysticum*; afirmando: “qualquer ofício eclesiástico, provido de patrimônio próprio, era considerado ente autônomo. A princípio, as fundações eram subordinadas à Igreja; mais tarde, porém, tornaram-se independentes [...]”.

Nesse jaez, todos os institutos pertencentes à Igreja, considerada um corpo místico, foram reputados como entes ideais fundados em razão de uma

vontade superior e tratados como entidades autônomas e independentes (LOPES, 1996, v. 1, p. 358-359).

Recentemente as associações e instituições despertaram o interesse do Estado, principalmente em relação ao ponto de vista político a elas inerente; notável ainda o quanto se multiplicaram e se diversificaram em seus fins, seja na ordem pública ou privada (MONTEIRO; PINTO, 2012, v. 1, p. 140).

Partindo-se desse quadro histórico, e considerando que a reunião de esforços entre os sujeitos é extraída da limitação humana, e reforçada pelos avanços econômicos e tecnológicos, chegamos à atual concepção do instituto da pessoa jurídica.

Novamente apresentamos os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2012, v. 1, p. 139), que lecionam:

[...] o espírito de associação obedece, em todas suas manifestações, a duas forças fundamentais, simultâneas e concorrentes: a) de um lado a tendência inata do homem para o convívio em sociedade; b) de outro, a acenada vantagem que resulta da conjugação de forças e que se expressa pelo princípio mecânico da composição das forças no paralelogramo e segundo o qual o efeito da resultante é o produto e não a soma aritmética das forças agrupadas.

São diversos os estudiosos que se dedicam a conceituar e explicar o instituto da pessoa jurídica.

Para Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 264), pessoa jurídica “[...] é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que vista à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.”.

Por sua vez, Arnaldo Rizzardo (2012, p. 21) as ilustra como um “[...] ente personalizado composto de duas ou mais pessoas físicas, unidas por um nexos, visando a uma finalidade específica e com capacidade para realizar vários atos da vida civil [...]”.

Em suma, a pessoa jurídica multiplica as possibilidades, daqueles que a integram, à consecução dos fins pretendidos e, na vida civil, por reconhecimento do ordenamento, age como qualquer pessoa natural, não obstante, em relação aos atos que com ela sejam compatíveis.

2.2 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica, Alexandre Couto Silva sustenta duas grandes posições doutrinárias: uma que nega a existência da pessoa jurídica e outra, positiva, que afirma sua existência (1999, p. 21).

Essa classificação em dois grupos também fora apresentada por Miguel Maria de Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 359):

[...] o primeiro, compreendendo as diversas doutrinas fundadas no ponto de vista de não serem personalidade de uma decisão do Estado; o segundo, incluindo todas as teorias sustentadoras de que as coletividades, que as associações, quer as fundações, são naturalmente portadoras de uma consciência e de uma vontade e por consequência uma personalidade real.

As chamadas teorias negativistas defendem que “[...] só existem no Direito os seres humanos, carecendo as denominadas pessoas jurídicas de qualquer atributo de personalidade” (VENOSA, 2010, v. 1, p. 231).

Um grande número de teorias foi formulado, gerando assim diversas divergências, entretanto, importantes são as apresentadas por Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 264), para quem tais teorias podem ser reunidas em quatro categorias: a teoria da ficção legal e doutrinária, a teoria da equiparação, a teoria da realidade objetiva e a teoria da realidade das instituições jurídicas.

Carlos Roberto Gonçalves aponta estas mesmas teorias como espécies do gênero “teorias afirmativistas” (2012, v. 1, p. 217).

As concepções ficcionistas remontam ao século XIX e podem ser subdivididas em ficção legal e ficção doutrinária, sendo que esta última afirma a existência meramente intelectual da Pessoa Jurídica, originada na inteligência dos juristas. Apresenta-se como uma variação da teoria da ficção legal, mais antiga dentre elas (GONÇALVES, 2012, v. 1, p. 217-218).

Desenvolvida por Savigny, a teoria da ficção legal é defensora do ideal de que somente o homem é capaz de direitos e obrigações, de forma que a lei recorreu a uma ficção no caso dos grupamentos, criando artificialmente a pessoa jurídica (CARDOSO, 1999, p. 25-26).

Assim, constrói-se “[...] uma ficção jurídica, uma abstração que, diversa da realidade, assim é considerada pelo ordenamento jurídico” (GONÇALVES, 2012, v. 1, p. 218).

Neste sentido, Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2012, v. 1, p. 143):

Ela parte do princípio de que só o homem é capaz de ser sujeito de direitos. Mas o ordenamento jurídico pode modificar esse princípio, ora negando capacidade ao homem (como no caso do escravo), ora a estendendo a outros entes que não o homem, como as pessoas jurídicas, que constituem seres fictícios, incapazes de vontade e representados como os incapazes. A pessoa jurídica é assim, criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais; é pessoa puramente pensada, mas não realmente existente. Só por meio da abstração se obtém essa personalidade.

Em crítica, Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 265) rejeita tal concepção, afirmando “[...] por ser abstrata, não corresponde à realidade, pois se o Estado é uma pessoa jurídica, e se se concluir que ele é ficção legal ou doutrinária, o direito que dele emana também o será.”.

A teoria da equiparação, defendida por Windscheid e Brinz afirma que “a pessoa jurídica é um patrimônio equiparado no seu tratamento jurídico às pessoas naturais” (DINIZ, 2012, v. 1, p. 265).

Nas palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem a teoria recebe a denominação de “teoria do patrimônio por objeto” (1996, v. 1, p. 360):

Sob o mesmo fundamento de ser a pessoa humana a única suscetível de uma personalidade, sustenta-se que a ficção nada cria, razão pela qual cumpre reconhecer francamente a existência de patrimônio sem sujeito, patrimônios impessoais, cuja destinação é servir a um objetivo. Por isso, as pessoas jurídicas não passam de formas de patrimônio com objetivo, que o homem, por instinto poético de querer configurá-las sob sua semelhança, considera como pessoa.

Existem ainda as teorias da realidade, contrárias às teorias ficcionistas por defenderem a pessoa jurídica como realidade viva, com existência própria da dos indivíduos que a compõe (GONÇALVES, 2012, v. 1, p. 218).

Carlos Roberto Gonçalves afirma ainda que divergem seus adeptos quanto a maneira de apreciar tal realidade, assim, surgem as seguintes subdivisões: teoria da realidade objetiva ou orgânica, teoria da realidade jurídica das instituições jurídicas ou institucionalista, e a teoria da realidade técnica (2012, v. 1, p. 218).

A teoria da realidade objetiva, resguardada por Gierke e Zitelmann, afirma a existência, ao lado das pessoas naturais, de organismos sociais, as

peças jurídicas, detentoras de existência e vontade própria, distinta da de seus membros (DINIZ, 2012, v. 1, p. 265).

Alexandre Couto Silva, em relação às teorias da realidade afirma “[...] as peças jurídicas são tratadas como entes reais, dividindo-se em realidade objetiva, segundo a qual a personalidade é apenas reconhecida pelo ordenamento jurídico [...]” (1999, p. 21-22).

Segundo Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 36):

A pessoa jurídica é aqui considerada uma realidade social. Esta encontra sua origem na vontade pública ou privada, passando a ter existência e vontade própria, distinta da de seus membros e capaz de direitos e obrigações. Assim, ao lado da pessoa natural, como organismo físico, existem os organismos sociais, ou peças jurídicas, com vida autônoma e tendo por objetivo um fim social. A pessoa jurídica não seria uma entidade criada por lei, mas por ela dada como existente apenas.

A teoria da realidade jurídica, defendida por Hauriou é apontada por Maria Helena Diniz como a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, pois ao aceitar a existência da pessoa jurídica afirma que sua personalidade jurídica é “[...] um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecem” (DINIZ, 2012, v. 1, p. 265).

Carlos Roberto Gonçalves aponta (2012, v. 1, p. 219):

Considera as peças jurídicas como organizações sociais, destinadas a um serviço ou ofício e, por isso, personificadas. Parte da análise das relações sociais, não da vontade humana, constatando a existência de grupos organizados para a realização de uma ideia socialmente útil, as instituições, sendo estes grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.

Por fim, a teoria da realidade técnica, além de reconhecer a existência da pessoa jurídica, afirma que sua personificação não é mera ficção, mas um atributo deferido pelo Estado aos entes tidos como merecedores (MONTEIRO; PINTO, 2012, v. 1, p. 145).

Nas palavras de Alexandre Couto Silva (1999, p. 25):

A pessoa jurídica é uma realidade técnica; é a personificação conferida pela ordem jurídica a entes dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das peças naturais que os criaram, com vontade própria e capacidade de defender seus interesses [...] Atuam no mundo jurídico com as peças naturais. Dessa forma, o ordenamento jurídico não

pode ignorar a existência da pessoa jurídica ou afastar, sem fundamento, seus efeitos.

Para Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 37), o ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer no artigo 45 do Código Civil que a existência legal das pessoas jurídicas começa com o registro de seu ato constitutivo e, ao implicitamente manter o ideal de que a sua existência é distinta da de seus membros (conteúdo do artigo 20 do Código Civil de 1916, não reproduzido no Código de 2002), adota a teoria da realidade técnica.

Neste mesmo sentido temos Sílvio de Salvo Venosa (2010, v. 1, p. 232-233), que diante destes mesmos argumentos conclui que em nosso ordenamento a pessoa jurídica “[...] é uma criação técnica”. Esse posicionamento, apesar das críticas recebidas, é majoritariamente defendido pela doutrina.

2.3 Classificação

É importante, a fim de determinar sobre quais pessoas jurídicas a teoria da desconsideração poderá recair, apresentar um panorama da classificação de tal instituto.

Nos termos do artigo 40 do atual Código Civil, as pessoas jurídicas podem ser de direito privado ou público. Estas, podem ser internas ou externas; aquelas, enumeradas no artigo 44 do Código Civil, correspondem às associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI).

Essa classificação, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, v. 1, p. 231) toma por base as funções ou órbita de atuação do ente personalizado, diferenciando-se, basicamente, para Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 30) em razão do regime jurídico adotado.

As pessoas de direito público externo, segundo o artigo 42 do Código Civil, correspondem aos Estados estrangeiros e as demais pessoas regidas pelo Direito Internacional Público que, conforme Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 267) abrange: nações estrangeiras, a Santa Sé, organismos internacionais como a ONU e a UNESCO, bem como as uniões aduaneiras a exemplo do MERCOSUL.

Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito público interno, estabelecidas no artigo 41 do Código Civil, podem ser classificadas, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, v. 1, p. 232) em: da administração direta e da administração indireta. Afirma que no primeiro grupo encontra-se a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; e no segundo, as autarquias, fundações públicas e demais entidades de caráter público, todos estes criados ou autorizados por lei, com personalidade própria para o exercício de atividades de interesse público.

No âmbito privado, como já dito, as pessoas jurídicas são as enumeradas pelo artigo 44 do Código Civil. Dentre elas, tendo em vista a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, abordaremos de forma mais detalhada as sociedades.

As sociedades, que podem ser simples ou empresárias, destinam-se à obtenção de finalidades lícitas e sociais, fundando-se em estatutos ou contratos sociais, convenções pelas quais duas ou mais pessoas decidem conjugar seus esforços visando um fim comum (PAES, 2004, p.46).

O Código Civil trata das sociedades no Título II, "*Da Sociedade*" do Livro II, intitulado, "*Do direito de Empresa*", apresentando em seu artigo 981, a seguinte definição: "Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilhar, entre si, os resultados".

Assim, possuem fins lucrativos, cabendo aos sócios estipular quanto a possibilidade de responderem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais (VENOSA, 2010, v. 1, p. 261), sem exclusão das determinações legais.

As sociedades simples são aquelas onde o lucro é obtido por meio do exercício de algumas profissões ou ainda pela prestação de serviços técnicos, e mesmo que eventualmente venham a exercer atos ligados a uma empresa, continuam simples, isto porque sua identificação se dá por meio da principal atividade exercida (DINIZ, 2012, v. 1, p. 295-296).

Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves (2012, v. 1, p. 238):

As sociedades simples são constituídas, em geral, por profissionais que atuam em uma mesma área ou por prestadores de serviços técnicos (clínicas médicas e dentárias, escritórios de advocacia, instituições de ensino etc.) e têm fim econômico ou lucrativo. Mesmo que eventualmente

venham a praticar atos próprios de empresários, tal fato não altera sua situação, pois o que se considera é a atividade principal por elas exercida.

Por sua vez, as sociedades empresárias, apesar de também visarem lucro, possuem por objeto o exercício de atividade tipicamente empresária (GONÇALVES, 2012, v. 1, p. 239).

Segundo o *caput* do artigo 966 do Código Civil, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, excetuados aqueles que exerçam “[...] profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, conforme determina o parágrafo único do dispositivo.

Determina do artigo 967 também do Código Civil que tais empresários estão obrigatória e anteriormente ao início das atividades, sujeitos a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva cede.

Conforme possível extrair dos artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil, as sociedades empresárias podem assumir as seguintes formas: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade limitada e sociedade anônima ou por ações.

Não obstante, as sociedades simples e empresárias diferenciam-se. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2012, v. 1, p. 296):

Assim, para saber se dada sociedade é simples ou empresária, basta considerar a natureza das operações habituais: se estas tiverem por objeto o exercício de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços próprias de empresário sujeito a registro (CC, arts. 982 e 967), a sociedade será empresária [...] Será simples a que não exercer tais atividade, mesmo que adote quaisquer das formas empresariais, como permite o art. 983 do Código Civil, exceto se for anônima ou em comandita por ações, que, por força da lei, serão sempre empresárias [...]

A fim de limitar sob quais sociedades empresárias é possível a aplicação da teoria da desconsideração importante é a distinção das modalidades apresentadas pelo Código Civil.

Pelo mesmo motivo, eventual aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, trataremos da EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, pessoa jurídica de direito privado elencada no artigo 44, não constituindo, portanto, sociedade.

2.3.1 Tipos Societários

Antes de tratar especificamente dos tipos societários existentes é importante determinar que as sociedades empresárias também podem ser classificadas quanto ao regime de responsabilidade de seus sócios, hipótese em que poderão ser: de responsabilidade limitada ou ilimitada.

Não pretende o presente trabalho tratar das hipóteses de responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios da sociedade empresária, até mesmo porque, conforme futuramente analisado, as hipóteses de responsabilidade diferenciam-se do instituto da desconsideração.

A responsabilidade da sociedade em si é sempre ilimitada, assim, a limitação ou ilimitação da responsabilidade refere-se a seus sócios, mais especificamente à responsabilidade pessoal destes por eventuais dívidas da sociedade, possibilitando que os credores executem, para satisfação das obrigações sociais, o patrimônio pessoal dos sócios (RAMOS, 2009, p. 302).

André Luiz Santa Cruz Ramos conclui seu pensamento afirmando: “a responsabilidade dos sócios é que será limitada ou ilimitada. A responsabilidade da sociedade, por sua vez, será sempre ilimitada” (2009, p.302).

Neste sentido leciona Wilges Bruscato (2011, p. 205):

A sociedade, seja qual for o tipo societário escolhido, sempre responderá ilimitadamente pelas obrigações que assumir. No entanto, devido ao princípio da separação patrimonial, que decorre, por sua vez, da personalização da sociedade, é lícito aos sócios optar por modelo societário que influencie na sua responsabilidade pelas dívidas sociais, criando ou não solidariedade entre a sociedade e seus membros.

A responsabilidade ilimitada é aquela na qual os sócios, sem restrição, respondem solidária e subsidiariamente pelas obrigações inicialmente de titularidade da sociedade empresária, de modo que a existência da sociedade confunde-se com a dos membros que a compõe (RIZZARDO, 2012, p. 172).

São de responsabilidade ilimitada as sociedades em nome coletivo, respondendo seus sócios ilimitadamente pelas obrigações sociais. Existem ainda as sociedades mistas onde somente alguns sócios respondem ilimitadamente, ficando

os demais limitadamente responsáveis. São elas: sociedade em comandita, simples ou por ações (COELHO, 2012, v. 2, p. 50).

Por sua vez, a responsabilidade limitada é aquela na qual os próprios sócios fixam, quando do ato constitutivo, o limite de sua responsabilidade por eventuais dívidas da sociedade, sendo o regime adotado nas sociedades limitadas e nas anônimas (BRUSCATO, 2011, p. 205).

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p.302):

Assim sendo, nas sociedades de responsabilidade limitada, todos os sócios respondem limitadamente pelas obrigações sociais, ou seja, seu patrimônio pessoal, em princípio, não pode ser executado para a satisfação de débitos sociais. Sendo possível executar o seu patrimônio pessoal, eventualmente, haverá um limite de responsabilidade. Nas sociedades de responsabilidade ilimitada, por outro lado, os sócios respondem ilimitadamente, ou seja, esgotado o patrimônio da sociedade, os credores podem executar todo o restante da dívida social do patrimônio dos sócios, sem limite.

Atualmente a responsabilidade ilimitada encontra-se em desuso, pois “a limitação da responsabilidade surge como necessidade econômica na sociedade, sendo um meio de divisão equitativa dos riscos” (BRUSCATO, 2011, p. 206-207).

Para Fábio Ulhoa Coelho, justifica-se a limitação a responsabilidade dos sócios ao valor investido em razão de estimular empreendedores na busca de novos negócios (2012, v. 2, p. 50).

Desta forma, afirma que a possibilidade de comprometimento total do patrimônio dos sócios por eventual insucesso da sociedade empresária, “[...] naturalmente os empreendedores adotariam posturas de cautela, e o resultante poderia ser a redução de novas empresas [...]” (COELHO, 2012, v. 2, p. 50).

Wilges Bruscato (2011, p. 205) afirma ainda somente em regra o patrimônio pessoal do sócio ou administrador não poderá ser atingido, ressaltando a existência de exceções como ocorre nas hipóteses de responsabilização ou de desconsideração da personalidade jurídica.

Como dito, conforme dispõe o Código Civil uma sociedade pode adotar cinco formas societárias diferentes: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade limitada e sociedade anônima ou por ações.

A sociedade em nome coletivo, disciplinada dentre os artigos 1.039 a 1.044 do Código Civil, remonta à era medieval com raízes nas comunidades

familiares italianas, geralmente formadas por artesões; tem como características a responsabilidade ilimitada dos sócios, regendo-se subsidiariamente pelas normas da sociedade simples nos termos do artigo 1.040 do Código Civil (RAMOS, 2009, p. 466-467).

Composta apenas por pessoas físicas, conforme determina o artigo 1.039 também do Código Civil, somente aquele que é sócio pode figurar como administrador de tal sociedade (COELHO, 2012, v. 2, p. 512-513).

Nas palavras de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 324):

A sociedade em nome coletivo é a sociedade mais simples, tanto nas estruturas como nas funções; por isso, ela é considerada o protótipo das sociedades empresariais em geral. Se os sócios não demonstrarem expressamente a opção por um determinado tipo societário, pode-se considerar que estamos diante de uma sociedade em nome coletivo.

Para Arnaldo Rizzardo (2012, p. 171) as vantagens deste tipo societário seriam de grande importância em “[...] localidades menores, onde a credibilidade se dá em face do nome das pessoas, que constitui elemento para gerar a confiança nas transações ou negócios.”

A sociedade em comandita simples é aquela na qual duas ou mais pessoas se associam com finalidade empresarial sendo que alguns sócios obrigam-se ilimitadamente, tornando-se os únicos autorizados a administrar a sociedade, enquanto outros agem como meros prestadores de capital, limitando suas responsabilidades ao valor de suas quotas (BRUSCATO, 2011, p.269).

Assim, é composta por duas categorias de sócios: os comanditados, pessoas físicas com responsabilidade ilimitada e solidária diante das obrigações sociais, e os comanditários, pessoa física ou jurídica com responsabilidade limitada ao valor de suas quotas (COELHO, 2012, v. 2, p. 510).

Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 510) firma ainda que “o perfil do empreendedor estaria relacionado à primeira, e o de investidor, à segunda, fosse o tipo societário utilizado com frequência hoje em dia”.

Disciplinada dentre os artigos 1.045 e 1.051 do Código Civil de 2002, originou-se das *commendas* medievais, “[...] espécie de contrato especial em que um ‘capitalista’ – chamado de *comanditário* – entregava dinheiro ou bens a navegadores ou mercadores, a fim de que estes os negociassem, repartindo-se os lucros posteriormente” (RAMOS, 2009, p. 468).

Segundo Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 323):

As sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples são sociedades que caíram em completo desuso, sobretudo diante do surgimento da sociedade limitada como a melhor forma para o exercício das pequenas e médias empresas. Apesar de seu desuso, tais sociedades foram mantidas no Código Civil de 2002, o qual limitou-se a excluir a sociedade de capital e indústria do direito brasileiro.

Por sua vez, na sociedade em comandita por ações, regulada pelos artigos 1.090 a 1.092 do Código Civil, o capital social é dividido em ações, valores mobiliários que representam o investimento realizado pelos sócios (COELHO, 2012, v. 2, p. 511).

É justamente na divisão do capital que reside a diferença entre a sociedade em comandita simples e a sociedade em comandita por ações.

Entretanto, apesar da divisão do capital em ações, não chega a configurar uma sociedade anônima em razão do regime de responsabilidade de seus sócios, visto que somente os administradores terão responsabilidade ilimitada, sendo limitada a responsabilidade dos demais acionistas (BRUSCATO, 2011, p. 269).

A sociedade limitada, prevista no Código Civil dentre os artigos 1.052 e 1.087, representa atualmente 98,93% das sociedades empresárias constituídas no Brasil dentre 1985 e 2005, mostrando-se fundamental à economia de nosso país, apesar de não representar tanto investimento quanto as sociedades anônimas (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 333).

Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 332) afirma ainda que a sociedade limitada, de origem alemã, surgiu em razão da necessidade manifestada pelos pequenos e médios empresários, conjugando as vantagens das sociedades de pessoas e das sociedades de capitais; além disso também permite aos sócios a garantia de responsabilidade limitada pelas obrigações da sociedade, sem a burocracia e as complicações das sociedades anônimas, configurando “[...] a fórmula mais aconselhável para os pequenos e médios empreendimentos” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 332).

Neste sentido também leciona Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 396):

Sua criação é, em relação às demais sociedades, recente, e decorre da iniciativa de parlamentares, para atender ao interesse de pequenos e

médicos empreendedores, que queriam beneficiar-se, na exploração de atividade econômica, da limitação da responsabilidade típica das anônimas, mas sem atender às complexas formalidades destas, nem se sujeitar a prévia autorização governamental.

O regime jurídico do Código Civil destinado às sociedades limitadas mostra-se sucinto. Assim, o próprio código permite, em seu artigo 1.053, que nos casos de omissão o tratamento aplicável seja o previsto nas normas destinadas à sociedade simples; também permite que os sócios, expressamente, adotem no contrato social a incidência supletiva da Lei n. 6.404/76, a Lei das Sociedades por Ações (RIZZARDO, 2012, p. 195).

Muitas das matérias referentes à sociedade limitada dependem de disposição contratual elaborada pelos sócios, assim, conforme Arnaldo Rizzardo (2012, p. 195): “a sociedade limitada forma-se mediante contrato [...]”.

Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p.346):

Enfim, é a vontade societária que decide a maioria das questões que interessam aos sócios, ao contrário do que ocorre na sociedade anônima, que possui um regime legal que previamente estabelece a disciplina das relações sociais, sem dar margem de liberdade aos acionistas para tanto.

Essencialmente empresarial, a sociedade anônima ou por ações tem seu funcionamento baseado em normas legais e normas estatutárias e seu capital social é “[...] dividido em pequenas partes, representadas por títulos (ações), que tem modo de constituição próprio, cuja responsabilidade dos sócios se limita ao preço de emissão das ações adquirida [...]” (BRUSCATO, 2011, p. 297).

Trata-se de sociedade de capitais, dando-se mais importância à contribuição do sócio do que a suas características pessoais. Assim, é livre a negociação de seu capital social, dividido em ações, podendo apenas ser eventualmente restringida, mas nunca impedida (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 388).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 83-84) corresponde a forma societária mais adequada aos grandes empreendimentos econômicos. Revelam-se como mecanismo de atração de capital de investimento, frequentemente relacionada à exploração de atividades econômicas de grande repercussão, motivo pelo qual o Estado interfere mais em sua constituição e funcionamento.

A limitação de responsabilidade dos sócios, importante característica ligada a segregação de riscos, determina que os sócios acionistas respondem somente por suas respectivas partes no capital social, salvo em situações excepcionais, como a desconsideração da personalidade jurídica, por dívidas da sociedade (RAMOS, 2009, p. 385).

A incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, segundo Alexandre Couto Silva (1999, p. 26) limita-se a duas espécies societárias: à sociedade anônima e à sociedade limitada, afirmando que:

Os outros tipos societários que misturam responsabilidade limitada e ilimitada não nos interessam, pois os sócios dirigentes sempre serão responsabilizados ilimitadamente; [...] a moderna doutrina da desconsideração visa a responsabilização apenas dos sócios dirigentes, ou, melhor, ativos. Quanto às pessoas jurídicas de direito público, as elas responsabilizadas civilmente por atos de seus representantes que se beneficiem dessa qualidade utilizando a pessoa jurídica para prejudicar terceiros, ressalvado o direito de regresso contra os causadores, não se podendo falar em aplicação da teoria da desconsideração.

Entretanto, parte da doutrina defende a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica fora destes tipos societários, dentre eles e há título de exemplo, a possibilidade de incidência sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI.

Como um dos mecanismos de incentivo à econômica, a EIRELI trata-se de pessoa jurídica elencada no artigo 44 do Código Civil de 2002, geralmente constituída por uma pessoa física que “[...] queira exercer a atividade empresarial sem comprometer todo o seu patrimônio pessoal.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 54).

Também não é necessária a união de indivíduos com a mesma finalidade, constituindo-se uma pessoa jurídica, mas não uma sociedade empresária.

De acordo com o § 6º do artigo 980-A do Código Civil, incidem sobre a EIRELI, no que aplicáveis, a regulamentação destinada às sociedades limitadas (RIZZARDO, 2012, p. 74).

Diante disto, sendo aplicável a teoria da desconsideração às sociedades limitadas, onde a responsabilidade dos sócios também é limitada, e não resultando sua incidência na anulação da personalidade jurídica conferida pelo Estado, é possível a aplicação da teoria da desconsideração à EIRELI. Neste

sentido é o estudo apresentado por Marcyo Keveny De Lima Freitas (2014, p. 16) onde conclui:

Pode-se afirmar com segurança que é aplicável a desconsideração da personalidade jurídica na empresa individual de responsabilidade limitada, como meio de coibir atos ilícitos do titular que estava, até então, resguardado pela limitação de responsabilidade da pessoa jurídica.

Também é este o pensamento de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 61):

A princípio, também não se cogita de responsabilidade do titular, uma vez que a EIRELI tem patrimônio próprio que responde por suas obrigações. Apenas excepcionalmente se afasta essa limitação de responsabilidade, como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que estamos diante de uma pessoa jurídica.

Não pretende o presente estudo aprofundar-se nas espécies societárias previstas e regulamentadas pelo ordenamento brasileiro.

Entretanto, diante da breve exposição apresentada, podemos concluir que o que define e limita a incidência da desconsideração não é, necessariamente, o tipo societário adotado pelo grupamento humano, mas sim a limitação da responsabilidade de seus sócios. Isto ocorre porque nos casos de responsabilidade ilimitada ou responsabilização prescrita em lei, conforme abordaremos, não há aplicação da teoria da desconsideração.

3 A PERSONALIDADE JURÍDICA AUTÔNOMA DA PESSOA JURÍDICA

As espécies societárias tratadas no capítulo anterior compõem o campo das sociedades personificadas, a contrário das sociedades comum e em conta de participação, não personificadas pelo ordenamento jurídico.

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 309):

Cumprе esclarecer, inicialmente, que parece contraditória em si a expressão sociedade não-personificada. De fato, se a sociedade é uma categoria de pessoa jurídica, não se pode admitir que uma sociedade não tenha personalidade jurídica [...] entende-se a opção do legislador de disciplinar as chamadas sociedades não-personificadas, não obstante a impropriedade da expressão [...] conferir um mínimo de segurança jurídica a suas relações, que não são poucas, haja vista o grande número de atividades empresariais exercidas na informalidade.

Como dito, diante da impossibilidade de consecução de determinados objetivos de maneira singular, e somando o homem seus esforços justamente na intenção de atingi-los, “para que a reunião de pessoas em prol de uma mesma finalidade, com afetação de patrimônio próprio, possa atuar no mundo jurídico e real, é preciso que ela se torne sujeito de direitos, que lhe seja atribuída personalidade jurídica” (BRUSCATO, 2011, p. 168).

Anteriormente ao reconhecimento da pessoa jurídica como ente abstrato, a exemplo do Direito Romano, quando um mesmo patrimônio pertencia a mais de um único indivíduo, não se criava uma sociedade, mesmo que tal patrimônio tivesse destinação própria e específica (BRUSCATO, 2011, p. 168).

Em consonância com as evoluções envolvendo o tema, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas demonstra a necessidade de uma personalidade autônoma com as seguintes palavras (2007, p. 43):

Em certas hipóteses, há verdadeira necessidade técnica na criação da pessoa jurídica. Como exemplo, podemos assinalar o caso dos grandes empreendimentos que, em decorrência de seu tamanho, necessitam de elevados investimentos, além da contribuição de recursos de um grande número de pessoas. O desenvolvimento desses negócios somente se torna possível com a devida utilização da técnica da separação patrimonial por meio da criação de uma pessoa jurídica.

Assim, a personalidade jurídica, segundo Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 213) “não é simples condição de sujeito de direito que caracteriza a personalidade, mas a aptidão genérica para tanto [...]”.

Diferente da pessoa natural, cuja origem encontra-se no nascimento com vida, a pessoa jurídica nasce da manifestação de uma vontade humana exprimida em um ato justamente com esta finalidade: criar a pessoa jurídica (VENOSA, 2010, v. 1, p. 257).

O início da personalidade jurídica nas sociedades, entes com finalidade lucrativa, quando personalizadas (pessoa jurídica de direito privado), ocorre em duas etapas como afirma Arnaldo Rizzardo (2012, p. 22):

A personalização da pessoa jurídica realiza-se em duas fases, sendo a primeira através da exteriorização da vontade humana em instrumento escrito, também conhecido por contrato social; e a segunda por meio do registro no órgão competente.

É justamente essa a determinação do artigo 45 do atual Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a instrução do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

No tocante às sociedades empresárias, sempre personalizadas segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 25), o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do artigo 985 também do Código Civil de 2002 determina que: “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

Neste sentido, como dito, o processo adotado pelo legislador na constituição da pessoa jurídica, foi com base no critério das disposições normativas, pelo qual “dá-se liberdade de criação à vontade humana, sem necessidade de ato estatal que a reconheça, mas exige-se que a criação dessa pessoa obedeça a condições predeterminadas.” (VENOSA, 2010, v. 1, p. 258).

Deve-se esclarecer, entretanto, que nos termos do próprio artigo 45 do Código Civil, algumas entidades necessitam de autorização prévia para que tenham existência legal; independentemente da necessidade de autorização, os requisitos do registro, pré-dispostos pelo ordenamento são aqueles apresentados pelo artigo 46, também do Código Civil de 2002.

Divergem os estudiosos do direito quanto ao momento inicial, ato inaugural, dessa personalidade.

Não constitui objetivo do presente trabalho destrinchar os diferentes posicionamentos existentes, mas concluir, com base na interpretação da redação dos artigos 45 e 985 do Código Civil que o ato inaugural da personalidade é o registro do ato constitutivo referente a pessoa jurídica que se cria.

Neste sentido temos Silvio Rodrigues (2003, v. 1, p. 91) para quem: “a existência, perante a lei, das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro público peculiar”.

Assim, com o arquivamento de seu ato constitutivo a pessoa jurídica passa a ter existência e personalidade própria, dotada de autonomia patrimonial, desligando-se das pessoas de seus membros (RIZZARDO, 2012, p. 22).

Fábio Ulhoa Coelho, apesar de reconhecer tal assertiva, não se põe a ela totalmente adepto afirmando (2012, v. 2, p. 35):

[...] a melhor sistemática de disciplina da matéria não é a legal, que identifica no registro o ato responsável pela personalização da sociedade empresária, mas a compreensão de que o encontro de vontade dos sócios já é suficiente para dar origem a uma nova pessoa, no sentido técnico de sujeito de direito personalizado. Note-se que a regularidade da situação da sociedade empresária depende – isto é indiscutível – do registro na Junta Comercial.

Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 223-226) apresenta como consequências da personalização: a existência de nome e domicílios próprios, nacionalidade reconhecida, capacidade contratual e processual, e, principalmente, a existência distinta e autonomia patrimonial.

No mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 32) sustenta: “três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial.”.

Assim, com a personalização própria da pessoa jurídica tem-se o reconhecimento “[...] da sociedade como sujeito de direitos, ou seja, como ente autônomo dotado de personalidade distinta da pessoa de seus sócios e com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios.” (RAMOS, 2009, p, 321).

É justamente essa a ideia que torna incorreta a confusão entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõe e que propiciaram os meios

necessários para sua existência (FREITAS, 2007, p. 47). A autora ainda afirma que ocorre justamente o contrário, distanciando-se a pessoa jurídica e seus componentes. Aponta que a pessoa jurídica, quando constituída, adquire capacidade de exercer direitos em seu próprio nome e patrimônio autônomo (FREITAS, 2007, p. 47-48).

Continua: “é por esse motivo que as pessoas jurídicas possuem, assim como as pessoas físicas, nome particular, domicílio e nacionalidade. [...] aptas a estar em juízo [...] sem envolver diretamente as pessoas físicas que as constituíram.” (FREITAS, 2007, p. 48).

Enfim, sendo a sociedade uma pessoa jurídica, ente personalizado e capaz de adquirir direitos e contrair obrigações por permissão do ordenamento jurídico, a atividade empresarial é exercida pela própria pessoa sociedade, respondendo ela por suas obrigações sociais, motivo pelo qual podemos consagrar o Princípio da Autonomia Patrimonial (RAMOS, 2009, p. 322).

3.1 O Princípio da Autonomia Patrimonial

Visto por muitos como a principal consequência da personalização da pessoa jurídica, o Princípio da Autonomia Patrimonial considera distinto o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios (FREITAS, 2007, p. 49).

O Código Comercial de 1850, apesar de há época não reconhecer a personalização das sociedades comerciais de modo expresso já reconhecia em seu artigo 350 a autonomia patrimonial (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 226).

Para Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p.149):

Assunto bastante tormentoso na doutrina, antes da edição do nosso Código Civil de 1916, era a discussão a respeito da possibilidade de se dotar de personalidade jurídica a sociedade entre comerciantes, pois a ideia que se tinha de sociedade não passava da reunião de várias pessoas (pessoas físicas) em parceria para a exploração da atividade mercantil, sem que com isso surgisse uma nova pessoa (pessoa jurídica). Isso se dava especialmente pelo fato de nosso Código Comercial em nenhum de seus artigos ter afirmado a personalidade jurídica das sociedades comerciais.

Por sua vez, o Código Civil de 1916 previa expressamente, em seu artigo 20, a separação entre a pessoa jurídica e seus membros, e a consequente

separação patrimonial, com a simples redação: “as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”.

O Código Civil de 2002, atualmente em vigor, não reproduziu tal dispositivo, entretanto, não há dúvidas de que o princípio da autonomia patrimonial continua vigente em nosso ordenamento, conforme se extrai de seus artigos 45 e 985 (SOUZA, 2011, p.72-73).

Existindo as pessoas jurídicas para atender interesses e necessidades do homem, o exercício da atividade empresarial através da pessoa jurídica forma um centro independente de interesses em relação dos indivíduos que compõe e dão origem ao ente jurídico (BRUSCATO, 2011, p. 177).

É justamente dentro deste centro autônomo de interesses que temos um patrimônio próprio pertencente à pessoa jurídica: o capital social, formado, inicialmente, pela soma das contribuições de cada um dos sócios (FREITAS, 2007, p. 50).

Wilges Bruscato (2011, p. 178) caracteriza essa primeira “fase” do capital da seguinte forma: “quando da constituição da sociedade empresária, cada um de seus formadores deverá contribuir com o valor monetário ou bens, o que será destacado de seus patrimônios pessoais para formar o patrimônio inicial da pessoa que nasce.”.

A atribuição de autonomia não gera um completo distanciamento entre o patrimônio da sociedade e o sócio que contribuiu com a formação do capital social, isto pois pertence aos sócios as quotas e os frutos da sociedade, de forma que o patrimônio social é expressão do patrimônio particular do sócio (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 226).

Entretanto, conforme afirma Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 33):

Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios encontra-se a participação societária [...]. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade [...]. trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade.

Ocorre que, com o progresso da sociedade, o capital social passa a ser composto por outros bens. Para Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007,

p. 50), com o início das atividades a sociedade progressivamente conquista bens (móveis e imóveis), formando um patrimônio social próprio não pertencente, em momento algum, aos sócios.

Aponta ainda que é “[...] esse patrimônio é que irá responder, perante terceiros, pelas obrigações que as sociedades assumirem.” (FREITAS, 2007, p. 50).

Essa separação patrimonial mostra-se fundamental para o direito societário (BRUSCATO, 2011, p. 176).

Neste mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho apresenta este princípio como um das técnicas de segregação de riscos apresentadas pelo ordenamento brasileiro, afirmando (2013, v. 1, p. 82):

Como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada. Trata-se de expediente que, em última instância, aproveita a toda a coletividade, como proteção do investimento. A segregação dos riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa. Se determinada ordem jurídica não contemplar a autonomia patrimonial (ou outras técnicas igualmente disseminadas de segregação de risco), é provável que muitos investidores receiem investir na economia correspondente. Afinal, se o fato de a empresa não prosperar e vir a experimentar perdas que acabem por levá-la à quebra, num determinado país, colocar em risco a totalidade do patrimônio do investidor (e não somente o que investiu no infeliz negócio), é provável que ele opte por direcionar seu capital para outro lugar.

Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 226) partilha deste pensamento afirmando que a autonomia, como instrumento de desenvolvimento da atual economia de mercado, reduz os riscos existentes no exercício da atividade empresarial por meio da separação de uma parcela patrimonial destinada a tal exercício.

Entretanto, essa autonomia patrimonial mostra-se limitada na medida em que “[...] é efetuada tendo por objetivo a consecução do objeto social, explicitado no contrato ou nos estatutos. Sua preservação se explica e justifica se tal escopo for assegurado, tendo-se em vista haver possibilidade de efetivá-lo.” (FREITAS, 2007, 48-49).

Assim, mesmo que observados os pressupostos, substâncias e formais, necessários para a criação da pessoa jurídica, a observância à lei deve conduzir toda a atividade empresarial, sob pena de relativização do princípio da autonomia patrimonial.

Isto ocorre porque a autonomia conferida pelo ordenamento pode ser utilizada a fim de acobertar fraudes e abusos, contrários ao próprio Direito (FREITAS, 2007, p. 51).

Neste sentido temos André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 322-323):

Não obstante a importância do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas para a econômica do País e, conseqüentemente, para o direito empresarial, ele não pode ser visto como um dogma absoluto, sobretudo porque, muitas vezes, pode ser utilizado de forma abusiva ou fraudulenta, servindo de instrumento para a blindagem do patrimônio de empresários inescrupulosos e nocivos ao meio empresarial.

Em consenso, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas afirma que a personalização “[...] não pode ser encarada como um dogma, um tabu que acabe obstando a própria ação do Estado na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz na busca por esclarecer os fatos para ajusta-los ao Direito.” (2007, p. 48).

Por sua vez, Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 38) sustenta a existência de uma tendência em se restringir apenas às relações estritamente comerciais a plenitude dos efeitos da personalização; desta forma, sendo o credor também um empresário, a eficácia da separação patrimonial mostra-se plena, desprestigiando-se tal separação somente nos casos onde os credores não forem empresários, a contrário da devedora.

Não é caso deste estudo de um aprofundamento neste sentido, até porque, conforme será abordado, limitar-se-á às situações relativas a créditos trabalhistas, obviamente, não se tratando de credor empresário.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 38) aponta ainda que ao longo do século XX o ordenamento brasileiro “[...] foi incorporando normas e desenvolvendo jurisprudência que excepcionam a aplicação do princípio da autonomia da pessoa jurídica relativamente às sociedades empresárias.”

Continua: “para coibição da fraude na utilização da autonomia patrimonial, a tecnologia comercialista desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que autoriza o afastamento do princípio da autonomia patrimonial [...]” (COELHO, 2012, v. 2, p. 39).

André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 323) complementa tal pensamento demonstrando que: “foi por isso que, há algum tempo, foi formulada a

teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...], com a finalidade de coibir o uso abusivo da personalidade jurídica”.

Podemos citar ainda os ensinamentos de Rubens Requião (1988, v. 1, p. 71-72):

Ora, a doutrina da desconsideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens. Apresenta-se, por conseguinte, a concessão da personalidade como um significado ou efeito relativo, e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquiridora em seu âmago. [...] Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado [...], nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso.

Assim, “não se confundem os direitos e deveres da pessoa jurídica com os de seus sócios, nem os direitos e deveres destes se transferem para a pessoa jurídica” (RIZZARDO, 2012, p. 22), salvo de modo excepcional, quando “[...] é possível deslocar a responsabilidade na pessoa dos sócios, desconsiderando a personalidade jurídica, como no abuso de poderes e no desrespeito à lei [...]” (RIZZARDO, 2012, p. 23).

3.2 Capacidade e Representação

Como consequência lógica da atribuição de personalidade jurídica própria, a pessoa jurídica adquire capacidade de ser titular de direitos e obrigações, entretanto, essa capacidade limita-se aos direitos compatíveis com sua condição fictícia (RODRIGUES, 2003, v. 1, p. 93).

Num primeiro momento, desta afirmação poder-se-ia concluir que à pessoa jurídica são admitidos somente os direitos patrimoniais, entretanto, o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 52 determina que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Assim, a esfera de atuação da pessoa jurídica é ampla, não se restringindo à esfera patrimonial (VENOSA, 2010, v. 1, p. 234).

Nas palavras de Maria Helena Diniz a pessoa jurídica: “pode exercer todos os direitos subjetivos, não se limitando à esfera patrimonial. Tem direito à identificação, sendo dotada de uma denominação, de um domicílio e de uma nacionalidade.” (2012, v. 1, p. 311).

Ainda neste sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 374) afirma:

A pessoa jurídica pode exercer todos os direitos subjetivos, com exceção dos próprios ao ente humano, como ser biológico, ou, por outras palavras, a pessoa jurídica tem capacidade para exercício de todos os direitos compatíveis com a natureza especial de sua personalidade. [...] E quanto à capacidade, dentro dos limites próprios à sua natureza, ela é a mais ampla possível, não comportando quaisquer restrições.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, v. 1, p. 233-234) aponta que enquanto a capacidade da pessoa natural, humana, é plena, “[...] a capacidade da pessoa jurídica é limitada à finalidade para a qual foi criada abrangendo também aqueles atos que direta ou indiretamente servem ao propósito de sua existência e finalidade”.

Completa ainda (VENOSA, 2010, v. 1, p. 234):

[...] a capacidade da pessoa jurídica é sempre limitada a sua própria órbita. Essa limitação não pode ser tal que nulifique as finalidades para as quais a pessoa foi criada, nem ser encarada de forma a fixar-se a atividade da pessoa jurídica apenas para sua finalidade. Vezes há em que a pessoa jurídica, ao agir, extravasa seus ordenamentos internos, sem que com isso seus atos possam ser tidos como ineficazes. Para considera-los como tal, é necessário o exame de cada caso concreto, sem se olvidar que a pessoa jurídica também possui uma capacidade genérica para os atos e negócios que não pode ser olvidada. Assim, por exemplo, não é porque uma entidade tenha por finalidade operações financeiras que estará impedida de, por exemplo, realizar uma mostra de arte. As restrições devem ter em mira a finalidade lícita e, para efeitos com relação a terceiros essas atividades são, em princípio, sempre válidas.

Caio Mário da Silva Pereira dá a essa restrição da capacidade da pessoa jurídica aos fins por ela perseguidos (sua própria atividade) o nome de princípio da especialização (2011, v. 1, p. 258).

Como dito, a capacidade atribuída à pessoa jurídica estende-se “[...] por todos os campos do Direito e em todas as atividades compatíveis com a pessoa jurídica” (VENOSA, 2010, v. 1, p. 234); assim, abrange também a atribuição de obrigações. Neste sentido, será detentora de capacidade negocial e processual.

Por atuar individualmente (em nome próprio), a pessoa jurídica pode assumir obrigações, ou seja, tem “[...] aptidão para ser parte em contratos de per si, não necessitando de firmar contratos em nome de seus membros porquanto a sociedade possui capacidade de fato e de direito para firmar seus negócios jurídicos.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 225).

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 32-33):

Em relação à titularidade obrigacional, note-se que os vínculos de obrigação jurídica, contratuais ou extracontratuais, originados da exploração da atividade econômica aproximam terceiros (fornecedores, consumidores, empregados, locador, fisco etc.) e a pessoa jurídica da sociedade empresária. Os sócios não são partícipes dessa relação. [...] Quem participa da relação jurídica é a pessoa jurídica da sociedade, como credora ou devedora, e, apenas em situações excepcionais, tratadas em normas específicas [...] estende-se os efeitos da mesma relação à esfera subjetiva de quem agiu pela sociedade empresária.

Em consequência da capacidade de estabelecer contratos, a pessoa jurídica tem ainda capacidade processual, assim, pode figurar como parte legítima em processo judicial, a fim de defender seus interesses, seja no polo ativo ou passivo (BRUSCATO, 2011, p. 178).

Fábio Ulhoa Coelho, neste sentido, afirma (2012, v. 2, p. 33):

[...] a personalização da sociedade empresária importa a definição da sua legitimidade para demandar e ser demandada em juízo. Nos processos relacionados às suas obrigações, a parte legítima para mover ou responder a ação é a própria pessoa jurídica da sociedade, e não seus sócios. [...] Se processar esses últimos, em vez da sociedade, ele será carecedor da ação, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade da parte passiva.

No tocante à representação, “[...] para atuar na vida cotidiana, a pessoa jurídica recorre a pessoas físicas que a representam” (RODRIGUES, 2003, v. 1, p. 93).

Nas palavras de Gilberto Gomes Bruschi, no exercício diário dos direitos compatíveis com sua condição, a pessoa jurídica “[...] vale-se das pessoas físicas que a representam.” (2009, p. 07).

Neste mesmo sentido, Wilges Bruscato afirma que enquanto realidade abstrata, a pessoa jurídica pratica atos com o auxílio “físico-material das pessoas dos sócios, gerentes, administradores, empregados. Assim, por exemplo, quando

um dos sócios atua representando a sociedade, é na verdade, esta última que está agindo.” (2011, p. 178).

Para Antionel Luiz Cardoso (1999, p. 192) apesar de possuírem gestão autônoma “[...] apresentam sua vontade subordinada aos sócios que as controlam, ou seja, a vontade da pessoa jurídica nada mais é do que o reflexo da vontade de seus sócios.”.

O artigo 17 do Código Civil de 1916, não reproduzido pelo Código atual em razão de sua obriedade, determinava: “as pessoas jurídicas serão representadas, ativa o passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem es respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores.”.

No mesmo sentido do Código Civil de 1916 o estabelecido pelo artigo 12, inciso VI do Código de Processo Civil de 1973, pelo qual: “serão representadas em juízo, ativa e passivamente: [...] VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”.

Nesse jaez, Gilberto Gomes Bruschi afirma que tal redação “[...] praticamente coincide com a do art. 17 do Código Civil revogado, sendo talvez por esse motivo que a nova lei civil não haja qualquer correspondência com aquele artigo.” (2009, p. 07).

Por fim, notável é a diferenciação feita por Gilberto Gomes Bruschi (2009, p. 07), entre apresentação e representação, afirmando que: “a pessoa jurídica era ‘presentada’ por uma pessoa física, ou seja, ela estava corporificada, estava presente, na pessoa de seu representante legal, ou melhor, seu ‘presentante”.

Partilha deste pensamento Pontes de Miranda (1996, P. 219):

[...] não se trata de representação, mas de apresentação. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. [...] De modo que há apresentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem a atuação em causa própria: o órgão apresenta, materialmente; e, processualmente, também apresenta. [...] os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica. Estão a presentá-las, a fazê-las presentes.

Temos ainda Caio Mário da Silva Pereira (2011, v. 1, p. 260-261):

Moderna é a tendência de substituir a expressão *representantes*, que antes consagrava a doutrina e usavam os Códigos, pela expressão *órgãos*, atendendo a que as pessoas físicas não são meros *intermediários* da

vontade da pessoa moral ou seus simples *representantes*, o que pressupõe duas vontades, a do mandante e a do procurador, mas uma só, que é a da entidade, emitida nos limites legais pelo seu elemento vivo de contato com o mundo jurídico, e constituem assim o aparelhamento técnico ou os órgãos, pelos quais manifestam sua vontade ou exercem suas atividades.

Ter-se-ia assim uma impropriedade no termo “representação”, utilizado em respeito ao direito positivo e à tradição (VENOSA, 2010, v. 1, p. 253).

Sem adentrar nos aspectos da responsabilidade dos sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade empresária, no que se refere às limitações oriundas da representação, Silvio de Salvo Venosa afirma (2010, v. 1, p. 234):

Os poderes outorgados à pessoa jurídica estão delimitados nos atos constitutivos, em seu ordenamento interno (contrato social, estatutos), bem como delimitados pela lei, porque os estatutos não podem contrariar normas cogentes, quando a atuação de determinadas pessoas jurídicas é autorizada ou fiscalizada (em sentido estrito) pelo Estado. Há restrições de ordem legal, por vezes impostas pelo Estado, que obrigam certo controle estatal.

Assim, não se referindo especificamente à teoria da desconsideração, quando em nome da sociedade, o ato do representante vinculará a pessoa jurídica enquanto a atuação ocorrer dentro dos poderes conferidos ao sócio pelo instrumento constitutivo; ultrapassados estes, exime-se a responsabilidade da sociedade, recaindo sobre o representante que exorbitou o estipulado, responder pelos excessos (RODRIGUES, 2003, v. 1, p. 94).

4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Introduzida no Brasil pelo ilustre professor Rubens Requião, em conferência realizada na faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná sob o título “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica originou-se no direito anglo-saxão, com ênfase na jurisprudência Inglesa e real desenvolvimento nos Estados Unidos (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 231-233).

Uma vez disseminada, recebeu diversas denominações, tais como: *mise à l'écart de la personnalité morale* no direito francês, *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no direito algo-americano, *durchgriff der juristischen personen* no direito germânico e *superamento dela personalità giuridica* no direito italiano (BRUSCATO, 2011, p. 216).

Como dito, em alguns casos a sociedade (enquanto titular de direitos e obrigações) pode ser utilizada de forma abusiva por seus sócios, já que a vontade daquela é uma consequência da vontade destes. Assim, “[...] muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas [...]” (COELHO, 2012, v. 2, p. 55).

Ocorre que em muitas destas situações a plena consideração da autônoma da pessoa jurídica leva à impossibilidade de correção dos atos indevidamente praticados. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 55):

Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações (quer dizer, especificamente no julgamento do caso), não respeitar esse princípio, desconsiderá-lo.

É também de grande importância a distinção feita por Wilges Bruscato (2011, p. 219) quanto aos institutos da desconsideração e despersonalização:

Enquanto a desconsideração pressupõe a existência de débitos decorrentes da má utilização da pessoa jurídica que a sociedade não tem condições de suportar, e, por isso, para o episódio, a personalidade jurídica é momentaneamente afastada, a despersonalização é utilizada para pôr fim à pessoa jurídica, em situações decorrentes também do mau uso, mas que não envolvem necessariamente débitos, ou seja, quando a empresa da pessoa jurídica vem sendo desenvolvida de modo a causar danos de massa, causando prejuízos à concorrência ou meio ambiente ou aos

consumidores ou ao mercado, por exemplo. Geralmente há um agravamento de penalidades a serem aplicadas nesses casos, que, não sendo suficientes para coibir a conduta danosa da sociedade empresária, pode chegar à determinação de extinção da empresa.

Neste mesmo sentido temos Alexandre Couto Silva (1999, p. 29):

A despersonalização tem por finalidade a anulação da personalidade jurídica, por lhe faltar condições de existência, como nos casos de invalidade de contrato social ou dissolução de sociedade. Já a desconsideração visa desconsiderar, apenas no caso concreto, o instituto da pessoa jurídica.

O presente estudo limita-se ao instituto da desconsideração, isto porque a solução das situações de manipulação não se encontra na invalidação da autonomia da pessoa jurídica, “[...] o problema não está no perfil básico do instituto, mas no seu mau uso.” (COELHO, 2012, v. 2, p. 58).

Fábio Ulhoa Coelho aponta ainda que “[...] a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude.” (2012, v. 2, p. 59).

Assim, mesmo que amplamente utilizada na prática, principalmente nos tribunais norte-americanos, sua aplicação deve ocorrer em caráter excepcional e somente após análise de sua conveniência e necessidade. Permanece inalterada a regra da autonomia entre a pessoa jurídica e seus sócios, afastada por meio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (FREITAS, 2007, p. 59).

4.1 Origem Histórica

Estão datados do século XIX os primeiros casos relevantes em relação à teoria da desconsideração julgados em tribunais ingleses e norte-americanos (SANTOS, 2003, p. 107).

O desenvolvimento da teoria deu-se com o aumento da preocupação, por parte da doutrina e da jurisprudência, na utilização da pessoa jurídica para fins diferentes dos tipicamente reconhecidos pelos legisladores (KOURY, 1995, p. 63).

Diante das situações de uso indevido, nas palavras de Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 57): “[...] facilmente se compreende a

razão que impulsionou a busca por meios idôneos para se reprimirem os desvios ocorridos por meio da má utilização da pessoa jurídica.”.

Assim, com o constante desenvolvimento da econômica mundial, o princípio da autonomia, que até o fim século XIX era tido, pela doutrina e jurisprudência, como absoluto, passou a sofrer sérias e constantes críticas, bem como a ser relativizado.

Anteriormente à teoria da desconsideração da personalidade jurídica tinha-se a chamada teoria da soberania, desenvolvida em solo italiano por Lorenzo Mossa, apesar de ter sido elaborada pelo alemão Haussmann (FREITAS, 2007, p. 57).

Assim como a teoria da desconsideração, a teoria da soberania não possuía estipulação expressa no ordenamento, surgindo como uma “[...] afirmação de princípios considerados de maior importância histórica.” (KOURY, 1995, p. 63).

Segundo Osmar Vieira da Silva (2002, p. 95) seu objetivo era imputar ao sócio controlador da sociedade de capital as obrigações assumidas pela própria sociedade, mas por ela não satisfeitas, revelando “a substancia das relações em detrimento de sua estrutura formal [...] apesar dos avanços encontrados, não alcançou repercussão no plano prático.” (SILVA, O.V., 2002, p. 95).

Por sua vez, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica desenvolveu-se principalmente no âmbito da *common law*, inicialmente e principalmente na jurisprudência norte-americana, onde encontrou um fértil campo de atuação (FREITAS, 2007, p. 57).

Assim, “[...] desenvolveu-se inicialmente nos países da *Common Law*, pois, no direito continental, os fatos não tem a força de gerar novos princípios, em detrimento da legislação.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 231).

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 119) afirma:

A desconsideração da pessoa jurídica desenvolveu-se em países de direito não escrito (Estados Unidos e Inglaterra), onde os julgadores, vendo-se diante de uma situação para a qual não encontraram uma situação legal (ou ainda por não entenderem justa a solução legal), tomam determinadas medidas. Assim, embasados na equidade, procuram construir uma solução jurídica que sirva de instrumento para coibir a fraude e o abuso de Direito ocorridos mediante a utilização desvirtuada da pessoa jurídica.

Sustenta Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1995, p. 64) que erram aqueles que apontam na jurisprudência o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co.*,

julgado em 1897, como pioneiro no que se refere à teoria da desconsideração; sustenta que verdadeiramente, é de 1809, oitenta e oito anos antes, a decisão mais antiga de que se tem notícia, referente ao caso norte-americano *Bank of United States v. Deveaux*.

Em relação a este último, o Juiz norte-americano Marshall conheceu da causa “[...] com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados [...]” (KOURY, 1995, p. 64).

Desta forma, o magistrado não considerou o foro de sede da *Corporation*, mas sim que seus sócios residiam em diferentes Estados, estimando somente a figura dos sócios para definir a competência como da Corte Federal (SILVA, O.V., 2002, p. 98).

Ao fazê-lo, “ficou compelido a olhar além da entidade ‘para os personagens individuais que compunham a corporação’ [...] os sujeitos nessa questão foram os acionistas (sócios) e seus direitos e deveres como cidadãos.” (SANTOS, 2003, p. 107).

Conforme ensina Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 232):

Tratava-se não de uma discussão sobre responsabilidade, autonomia patrimonial, mas de uma discussão sobre a competência da justiça federal norte-americana, a qual abrangia somente controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados. Não se poderia considerar a sociedade um cidadão, então, levaram-se em conta os diversos membros da pessoa jurídica, para reconhecer da questão no âmbito da justiça federal.

Assim, apesar de não ser o principal caso na jurisprudência norte-americana envolvendo a teoria da desconsideração, é de enorme importância por ser a primeira manifestação a ela nos tribunais (SILVA, O.V., 2002, p. 98).

Nela o juiz, indiretamente, “simplesmente por dar ganho à causa acabava por aplicar a *Disregard Doctrine*.” (SILVA, O.V., 2002, p. 98).

Não cabe aqui discutir o mérito da decisão, até mesmo porque fora repudiada pela doutrina, mas ressaltar que já em 1809 os tribunais norte-americanos admitiram a desconsideração da personalidade jurídica, observando as características pertencentes aos sócios individuais (KOURY, 1995, P. 64).

Osmar Vieira da Silva (2002, p. 101) afirma:

Verifica-se que a aplicação da teoria da desconsideração é realizada no Direito norte-americano com bastante cautela, mas sem a preocupação presente no Direito inglês. Entretanto, pode-se constatar que no Direito norte-americano a teoria é aplicada em obediência às razões de justiça social sem que haja atenção exagerada à qualificação jurídica do meio aplicado. Nota-se aí certa flexibilidade da jurisprudência norte-americana na admissão da desconsideração.

Quanto ao caso *Salomon v. Salomon & Co.*, *leading case* em relação à jurisprudência inglesa, temos uma sociedade, similar à sociedade anônima fechada de nosso ordenamento, constituída por Aaron Salomon e outros seis sócios, todos familiares. Quando da constituição, Aaron transferiu seu fundo de comércio para a sociedade, retendo para si 20 mil ações, enquanto os demais sócios ficaram apenas uma ação cada; Aaron também recebeu diversas obrigações e garantias, passando à condição de credor privilegiado da *limited company* (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 232).

Segundo Osmar Vieira da Silva (2002, p. 96): “[...] o preço de transferência desse fundo seria superior ao valor das ações subscritas: pela diferença, Aaron Salomon, era ainda credor da Salomon & Co. Ltd., com garantia real em seu favor constituída.” (SILVA, O.V., 2002, p. 96).

Após aproximadamente um ano de funcionamento a sociedade tornou-se insolvente, estabelecendo-se litígio entre ela e o próprio Aaron. Em consequência, segundo ensina Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 120):

Formou-se a massa falida, e seu liquidante, analisando o caso, optou por alcançar o patrimônio pessoal de Aaron para indenizar os credores da companhia. O liquidante sustentou que a atividade da *company* era, na verdade, atividade da pessoa física de Salomon, que apenas usou de artifício para limitar sua responsabilidade. Em decorrência disso, condenou Aaron Salomon ao pagamento dos débitos da *company*, devendo a soma investida na liquidação dos créditos privilegiados ser destinada à satisfação dos credores da sociedade. [...] o juiz reconheceu a identidade entre Salomon e sua sociedade mercantil, a empresa Salomon & Co., confundindo, conseqüentemente, seus patrimônios [...].

Assim, tanto o juiz de primeiro grau (*High Court*) quanto a *Court of Appeal*, em grau de recurso, “[...] deram ganho de causa à sociedade, condenando Aaron Salomon a pagar-lhe certa soma em dinheiro, ressaltando as decisões de que

a sociedade seria apenas um outro nome para designar o próprio Aaron Salomon.” (SILVA, O.V., 2002, p. 96).

Osmar Vieira da Silva afirma ainda (2002, p. 96):

A High Court acreditava ser um estratagema de que Aaron se serviu para ter lucro de uma atividade econômica sem os riscos e a responsabilidade pelas dívidas. A sociedade seria um representante (*agente*) 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.

Contudo, a *House of Lords* reformou a decisão sob a alegação de ser válida e lícita a constituição da *company*, configurando Aaron como credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento, recebendo em troca obrigações garantidas por hipoteca (KOURY, 1995, p. 64).

Neste sentido Osmar Vieira da Silva aponta (2002, p. 97):

[...] reformando as decisões e aferrando-se aos princípios ortodoxos em matéria de pessoa jurídica, censurou asperamente aquilo que considerou incoerência das decisões recorridas. A *House of Lords* ponderou que, uma vez que se admite a sociedade, por seu liquidante, possa fazer valer determinados direitos contra seu sócio principal, está-se, evidentemente, a reconhecer sua personalidade jurídica distinta; que a circunstância de estarem quase todas as ações em nome de Aaron e de estarem poucas ações restantes em mãos de pessoas de sua família não tinha por si só o condão de afetar o fato de que a sociedade fora validamente constituída, nem o de fazer nascer contra a pessoa do sócio deveres, que, de outra forma, inexistiram; que, também, a circunstância de serem as ações transferidas durante a vida da sociedade a uma só pessoa não afeta em nada a existência nem a capacidade de uma sociedade cuja personalidade jurídica foi reconhecida.

O julgado, entretanto, não influiu positivamente no desenvolvimento da teoria da desconsideração, mas justamente ao contrário, negativamente, já que a autonomia patrimonial continuou, e até hoje continua, severamente aplicada na jurisprudência inglesa, restando a incidência da teoria à situações extremamente excepcionais (FREITAS, 2007, p. 121).

Conforme ensina Osmar Vieira da Silva (2002, p. 98), somente as cortes inferiores aplicam a teoria da desconsideração, enquanto a *House of Lords* – última instância – intensificou a incidência do princípio da separação patrimonial.

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 121) aponta ainda que no Direito inglês “[...] as decisões manifestadas pela *House of Lords* tratam de precedentes obrigatórios, cuja essência deve ser seguida por todas as

jurisdições, apesar de atualmente constatar-se que tal regra, paulatinamente, parece estar-se tornando mais flexível.”.

Podemos destacar na doutrina obras introdutoras sobre o tema: em 1927 Maurice Wormser publicou o trabalho “*Disregard of corporate fiction and allied Corporation problems*”; Rolf Serick publicou em 1953 a obra “*Aparencia y realidade em las sociedades mercantiles*”; e o italiano Piero Verrucoli teve sua obra “*Il superamento dela personalità giuridica dele società di capitali nella ‘common law’ e nella civil law*” publicada em 1964 (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 233).

No Brasil, como exposto, o destaque é do artigo intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” de Rubens Requião, publicado em 1969 na obra “Aspectos Modernos de Direito Comercial”, após exposição em conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (FREITAS, 2007, p. 63).

Em apertada síntese, baseado nos estudos de Rolf Serick e Piero Verrucoli, Rubens Requião (1988, v. 1, p. 67-68) apresentou o seguinte problema: de um lado a repugnância ao uso condenável da personalidade jurídica e de outro, o próprio absolutismo dessa personalidade, impossibilitando a distinção entre a pessoa jurídica e seus componentes.

Assim, defendeu a introdução da teoria da desconsideração em nosso ordenamento, afirmando (REQUIÃO, 1988, v. 1, p. 70):

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos. Assentada, pois, a confiança de que a *disregard doctrine* não é inadequada ao direito brasileiro [...].

Requião fora arduamente criticado diante da falta de previsão legal da teoria em nosso ordenamento e em razão da incompatibilidade desta com o disposto no artigo 20 do Código Civil de 1916, à época vigente e responsável por determinar a existência distinta entre a pessoa jurídica e seus membros (CLÁPIS, 2006, p. 49).

Tais críticas justificavam-se diante da origem romana-germânica de nosso ordenamento, pertencente à *civil law*, e assim “[...] organizado com base em construções mais abstratas e genéricas, pois buscava solucionar problemas futuros, utilizando-se de raciocínio dedutivo.” (BRUSCHI, 2009, P. 18).

Desta forma, apesar de reconhecerem a compatibilidade da teoria da desconsideração com nosso ordenamento, o restante da doutrina adotou uma posição mais conservadora, agarrada à autonomia absoluta da pessoa jurídica. Em nosso território a origem da teoria da desconsideração deu-se em decisões jurisprudenciais até sua primeira positivação, no Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CLÁPIS, 2006, p. 50).

No Brasil, o primeiro caso de incidência da teoria de que se têm notícias data de 25 de fevereiro de 1960, no Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Distrito Federal.

Nele o Juiz Antônio Pereira Pinto, entendendo que atos fraudulentos foram praticados diretamente por sócio, “[...] constatou o abuso de direito por meio de sociedade anônima, em que acionista se serviu da sociedade para prejudicar fraudulentamente terceiros, prescindindo-se da existência da sociedade [...]” (SILVA, A.C., 1999, p. 134).

Atualmente, a teoria da desconsideração encontra-se positivada em diversos dispositivos legais de nosso ordenamento, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e ainda na Lei n. 9.605/98, a qual prevê a incidência da teoria como uma das formas de sanção a condutas lesivas ao meio ambiente.

Não cabe neste momento apresentar as discussões acerca da necessidade de previsão legislativa para aplicação do instituto. Inclusive porque, enfaticamente, ficaremos com a previsão civilista do Código de 2002, a ser abordada no momento pertinente.

Entretanto, relevante é o posicionamento de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1995, p. 79), para quem: “o âmbito de aplicação da teoria da desconsideração é bastante amplo, uma vez que ela adequa-se a todo ordenamento no qual se considere a personalidade jurídica como distinta da personalidade dos membros que a compõe.”.

Neste mesmo sentido Osmar Vieira da Silva afirma (2002, p. 121-122):

A aplicação da teoria da desconsideração geralmente não é regulamentada por lei, e sua utilização muitas vezes poderia suscitar dúvidas quanto à sua legalidade. Mas é necessário que se note que o ordenamento jurídico não é um sistema fechado imune às mudanças [...]. Ocorre que a legislação nem sempre se desenvolve no mesmo ritmo que a sociedade que regulamenta,

de tal modo que esperar uma solução legal para as diversas situações vividas seria coadunar com a injustiça legitimada por uma lei estática.

Ultrapassadas tais questões, necessário se faz perquirir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica enquanto instituto, no intuito de demonstrar suas características e conseqüente forma de aplicação, visando, ao fim, demonstrar sua incidência na ceara trabalhista.

4.2 Conceito e Natureza Jurídica

Todo instituto jurídico presta-se a atender a finalidade geral do direito: “[...] apreender, distribuir e tutelar interesses. [...] satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, utilizando-se para tanto uma forma também compatível com o mesmo.” (KOURY, 1995, p. 65-66).

Desta forma, tais institutos “[...] correm o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades.” (KOURY, 1995, p. 66).

Obviamente que o mesmo ocorre com a pessoa jurídica, e neste sentido Suzy Elizabeth Cavalcante Koury também leciona (1995, p. 66):

Um dos meios mais frequentemente utilizados pelo ordenamento jurídico para reagir contra o desvio de função desse instituto é exatamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, através da qual se supera a forma da pessoa jurídica, desvalorizando-se a distinção entre ela e os seus componentes, no caso particular, ou seja, sem negar sua personalidade de maneira geral.

Assim, enquanto mecanismo hábil para obstar manobras fraudulentas e caso de declaração especial de ineficácia da pessoa jurídica, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada como “[...] forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada [...] forma de limitar e coibir o uso o uso indevido deste privilégio [...] forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 229).

A doutrina aqui apresentada não pretende anular a personalidade conferida pelo ordenamento, mas diante do caso concreto e dentro de certos limites, desconsiderar a pessoa jurídica em relação a determinadas pessoas e bens que se escondem atrás do instituto (REQUIÃO, v. 1, 1988, p. 69).

Conforme leciona Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 229-230):

Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a fundação da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial.

Isto não significa, todavia, que a sociedade poderá apenas realizar aquilo diretamente ligado com seu objeto social, justamente por ter autonomia patrimonial e capacidade negocial; mas, diante da constatação de ausência do patrimonial social em razão de “[...] seus recursos serem dilapidados em favor das pessoas dos sócios ou de interesses exclusivos destes ou estranhos ao objeto social, evidentemente que se deve chamá-los a cumprir as obrigações daí decorrentes.” (BRUSCATO, 2011, p. 220).

Entretanto, a autonomia da personalidade jurídica da pessoa jurídica permanece como regra em nosso ordenamento. Neste sentido Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 230):

A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico, proporcionados pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço.

Assim, apenas de modo transitório e episódico o magistrado ignora a existência distinta da pessoa jurídica e os princípios da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade, quando presentes os requisitos necessários para a incidência da teoria da desconsideração, atingindo os sócios para satisfação dos credores (BRUSCATO, 2011, p. 219).

Podemos concluir assim que a teoria não questiona a separação entre a pessoa jurídica e seus sócios, detentores de personalidades distintas, mas apenas atua como reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o as realidades sociais e econômicas, evitando distorções em seu uso, tratando-se de medida excepcional (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 230).

Quanto à sua natureza jurídica, não cabe aqui um estudo aprofundado sobre o tema; entretanto, é importante ressaltar que, apesar das semelhanças existentes, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica diferencia-se de outros institutos como os vícios do ato jurídico, fraude e simulação contra credores ou ainda a fraude à execução (SILVA, O.V., 2002, p. 106).

Em relação à distinção entre os vícios do ato jurídico e a teoria da *disregard doctrine*, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 74) afirma:

Enquanto no vício do ato jurídico ocorre um defeito predominantemente objetivo, relativo à conduta exercida ao ato, na desconsideração há um defeito predominantemente subjetivo, que diz respeito ao indivíduo que praticou a conduta condenável. Isso não significa que o primeiro ignore o fator subjetivo, ou o segundo, o fator objetivo.

Continua: “[...] a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser encarada como doutrina autônoma e individuada e não como simples aplicação específica das normas referentes à invalidação de atos fraudulentos.” (FREITAS, 2007, p. 74).

4.3 As Teorias Maior e Menor

Quanto a sua aplicação a teoria possui duas formulações: a teoria maior e menor.

Muito menos elaborada, a teoria menor pressupõe para aplicação da *disregard doctrine* a simples inadimplência do devedor e tem como base apenas a frustração do crédito do credor, e não a existência de intenção de fraudar tais credores (ASSIS, 2008, p. 02).

Esta formulação é adotada excepcionalmente em nosso ordenamento nas legislações referentes ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e na Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98).

Neste sentido, para André Pagani de Souza (2011, p. 71):

A chamada teoria “menor” é resultado da decretação afobada da desconsideração da personalidade jurídica, pelo simples fato de o credor não ter logrado êxito em receber o que lhe é devido, sem haver qualquer indagação sobre a ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Por isso mesmo, tal formulação recebe o adjetivo, certamente

pejorativo, de “menor”: pela ausência de fundamentos teóricos e doutrinários minimamente elaborados para sua aplicação no caso concreto.

Assim, não existiriam requisitos específicos para a incidência da desconsideração, bastando o não pagamento de determinado crédito, de modo que “se a sociedade não tiver patrimônio para honrar suas obrigações, mas os sócios forem solventes, deve-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 238).

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, os defensores da teoria menor sustentam a aplicação a desconsideração também de modo excepcional, restringindo-a somente aos casos envolvendo credores não-negociais da pessoa jurídica, ou seja, aqueles que não podem negociar a formação de seus créditos, como os trabalhadores e consumidores, isto porque seria injusto submetê-los ao risco empresarial (2009, p. 328-329).

Como para tal teoria é suficiente a existência de prejuízo ao credor, André Luiz Santa Cruz Ramos ainda aponta (2009, p. 328):

Os defensores da teoria menor alegam que sua aplicação se justifica, nesses casos, porque para eles o risco empresarial normal decorrente do exercício de atividades econômicas não deveria ser suportado, indistintamente, por todos os credores da pessoa jurídica, mas apenas pelos chamados credores negociais [...] aqueles que têm condições de pactuar previamente a formação de seu crédito (ex.: bancos, fornecedores, etc.), exigindo garantias, por exemplo.

Marlon Tomazette mostra-se contrário a tal teoria apontando sua falta de razoabilidade e não aplicação em todos os ramos do direito, afirmando (2012, v. 1, p. 238):

Embora não aplicada a todos os ramos do direito, não vemos razoabilidade na aplicação dessa teoria menor. Tal teoria praticamente ignora a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídica e não se coaduna com a própria origem de aplicação da teoria da desconsideração. Ao contrário de proteger, a teoria menor acaba por minar a existência da autonomia patrimonial, em nada favorecendo aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas. O uso indevido da pessoa jurídica deve ser coibido, mas não deve ser ignorada sua autonomia patrimonial. O surgimento da autonomia patrimonial foi e continua sendo um instrumento essencial, para se incentivar o exercício de atividades econômicas, logo, não se pode simplesmente ignorar essa autonomia, mesmo com todo o uso abusivo da pessoa jurídica.

A teoria maior, adotada como regra em nosso ordenamento, diante da redação apresentada no artigo 50 do Código Civil de 2002, tem como pressuposto

de aplicação da teoria não a mera inadimplência, mas sim o abuso do direito à personalidade jurídica autônoma anteriormente conferida, seja por meio do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (SOUZA, 2011, p. 71).

Assim, a teoria maior “[...] só admite a desconsideração quando há clara demonstração de abuso de personalidade jurídica.” (RAMOS, 2009, p. 328), enquanto na teoria menor “[...] admite-se a desconsideração quando há, tão somente, a ocorrência de prejuízo ao credor [...] a simples insolvência da pessoa jurídica, autoriza a desconsideração.” (RAMOS, 2009, p. 328).

Nas palavras de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 235-236):

A importância do princípio da autonomia patrimonial nos leva, todavia, a aplicar a desconsideração com cautela, apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos, vale dizer, a regra é que prevaleça o princípio da autonomia patrimonial. Apenas em situações excepcionais é que se pode cogitar da aplicação da desconsideração.

A opção pela teoria maior como regra justifica-se diante da seguinte problemática: a aplicação generalizada da desconsideração levaria à extinção do instituto da pessoa jurídica, tornando essencial uma aplicação cautelosa da teoria, não sendo suficiente a mera inadimplência de alguma obrigação contraída pela sociedade (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 236).

A diferença entre tais teorias foi magistralmente exposta pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, em acórdão seguido da respectiva ementa (SÃO PAULO, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 279.273/SP, 2003):

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). - 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.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 69-70), a apresentação destas teorias se encontra ultrapassada; o autor coloca-se a favor da existência de pressupostos a serem observados para que haja aplicação da *disregard doctrine*, independentemente da adoção de uma ou de outra teoria.

Já nas palavras de Wilges Bruscato (2011, p. 222), defensora da teoria maior, “[...] qualquer pensamento diferente é arriscado e não atende ao rigor técnico, indispensável à segurança jurídica, nem aos interesses sociais.”

Em relação à teoria maior, existem entre seus defensores duas vertentes de aplicação, ambas provenientes das divergências sobre quais seriam os fundamentos necessários para aplicação da teoria da desconsideração. São as chamadas teorias subjetiva e objetiva (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 236).

Tradicionalmente, para incidência da teoria da desconsideração seria necessária, “[...] a prova efetiva da fraude, ou seja, da atuação dolosa, maliciosa, desonesta dos sócios em detrimento dos credores da sociedade.” (RAMOS, 2009, p. 326).

É justamente nisto que consiste a teoria maior subjetivista, onde “[...] o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial [...]” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 236-237).

Defendendo que a teoria funcionada como um mecanismo de limitação ao uso da pessoa jurídica para fins diversos dos destinados, Marlon Tomazette sustenta a subsistência da autonomia patrimonial apenas enquanto utilizada de forma correta, “[...] para seus devidos fins, isto é, quando ela não se confunde com os sócios e quando não é utilizada para fins não merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 237).

Entretanto, conforme preceitua Fábio Ulhoa Coelho, tal formulação traria sérias dificuldades no campo das provas. Isto porque restaria ao demandante o ônus de provar as intenções subjetivas do demandado, prova complexa que acaba tornando inacessível o próprio direito (2012, v. 2, p. 66-67).

Assim, modernamente, tem-se a teoria maior objetiva, a qual buscou desenvolver uma base segura para aplicação da desconsideração, sem que se mostrasse necessário provar a intenção de fraudar ou abusar da autonomia conferida à pessoa jurídica (RAMOS, 2009, p. 326).

Nesta vertente, dados meramente objetivos, sem a necessidade de prova quanto à intenção dos sócios em relação a determinada conduta, autorizariam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Nela, “[...] não se argui acerca da intenção do agente, já que o que se analisa é tão-somente o dano em si.” (FREITAS, 2007, p. 97); assim, “[...] é a confusão patrimonial o requisito primordial da desconsideração [...] a confusão patrimonial é inexistência de separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios ou administradores.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 237).

Ao tratar da confusão patrimonial Fábio Ulhoa Coelho afirma (2012, v. 2, p. 67):

Se, a partir da escrituração contábil, ou da movimentação de contas de depósito bancário, percebe-se que a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos dela, ou o inverso, então não há suficiente distinção, no plano patrimonial, entre as pessoas. Outro indicativo eloquente de confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, é a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa.

Contrariamente, Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 237) afirma que a confusão patrimonial pode servir como meio de prova para que se alcance a desconsideração, sem que se torne, com isso, seu principal fundamento, por ser insuficiente em abarcar todos os casos de desvio de função.

Desta forma, aponta que nas situações onde haja o desvio de função da pessoa jurídica autoriza-se a superação da autonomia patrimonial, mesmo que inexistente a confusão de patrimônios (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 237).

Referido autor chega a afirmar: “outrossim, há casos em que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 237).

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que a teoria menor objetiva visa facilitar a tutela de interesses dos credores e terceiros lesados, apontando que esta “[...] não exaure todas as hipóteses em que cabe a desconsideração, na medida em que nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial.” (2012, v. 2, p. 67).

Fábio Ulhoa Coelho ainda conclui (2012, v. 2, p. 67):

Em suma, entendo que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude.

Justamente por isso pode-se afirmar que “[...] formulou-se, em complementação à concepção subjetivista da desconsideração, a denominada concepção objetivista.” (RAMOS, 2009, p. 327).

Assim, atualmente não se pode atribuir de forma exclusiva à teoria da desconsideração um caráter objetivo ou subjetivo, formulações que são “[...] compatíveis entre si e devem conviver harmoniosamente.” (SOUZA, 2011, P. 93).

É justamente neste sentido que vem a redação do artigo 50 do Código Civil, explícito ao referir-se tanto à confusão patrimonial quanto ao desvio de finalidade, sendo ambas situações que permitem a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (SOUZA, 2011, p. 93).

4.4 Pressupostos para Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica segundo o Código Civil de 2002

Em sua redação, o artigo 50 do Código Civil de 2002 determina como pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração a ocorrência de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, procurando assim estabelecer uma orientação quanto a aplicação da mencionada teoria.

De acordo a redação do artigo 50 do Código Civil de 2002:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Neste sentido, o abuso da personalidade jurídica ocorre quando são extrapolados os limites impostos pelo fim social e econômico do direito à personalidade jurídica (CLÁPIS, 2006, p. 145).

Eduardo Viana Pinto (2003, p. 78) aponta para a abrangência e variabilidade do termo “abuso (ou desvio) de finalidade”, afirmando a estipulação da norma alcança todas as hipóteses previstas no artigo 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), eliminando a apresentação de “[...] um elenco enunciativo de possíveis enquadramentos, para o reconhecimento da figura da desconsideração [...]”.

Leciona ainda (PINTO, 2003, p. 78):

[...] qualquer ato revestido de abuso de direito, de excesso de poder, de infração da lei, da prática do fato ou ato ilícito e assim por diante, se constitui em desvio de finalidade, dada a abrangência do significado desse enquadramento legal. Da mesma forma qualquer óbice, manobra, expediente ou qualquer fato impeditivo que possa vir a atingir seus propósitos sociais pode, por igual, constituir-se em abuso da personalidade jurídica, caracterizando-se a figura do desvio de finalidade.

Assim, com a expressão “desvio de finalidade” o Código Civil refere-se ao uso incomum da pessoa jurídica, servindo a desconsideração como meio de adequar a pessoa jurídica aos fins que a ela foram destinados; evitando-se o indevido uso deste instituto (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 255).

Eduardo Viana Pinto (2003, p. 125) afirma que:

Assim, de qualquer ação que macule, tise, arrede, separe ou de qualquer modo desvirtue seus propósitos contratuais ou estatutários [...] a prática de atos de má gestão, a cessão inopinada de atividades da sociedade, a ausência de bens para satisfação de seu passivo social, a dissolução irregular, o fechamento abrupto de sua sede social, tomando rumo ignorado e não se restabelecendo, ou, ainda, qualquer ato de malícia, fraude ou abuso de direito.

Note-se, entretanto, que a finalidade de que trata o citado dispositivo não se limita às determinadas nos respectivos estatutos, referindo-se também aos

objetivos sociais da pessoa jurídica, assegurados pelos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988 (FREITAS, 2007, p. 272).

Pode-se afirmar ainda que não se permite a incidência da teoria da desconsideração diante de simples disfunção das finalidades da pessoa jurídica “[...] é necessário, para aplicação da desconsideração através do desvio de finalidade, que ocorra a utilização da pessoa jurídica de forma anormal e com intuito de prejudicar terceiros.” (CLÁPIS, 2006, p. 151).

O desvio de finalidade, conforme os ensinamentos de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 240), “[...] se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial [...]”.

De forma específica, por fraude entende-se a existência de artifício malicioso na intenção de prejudicar terceiros, “[...] podendo ser ato unilateral, em que uma pessoa macula o negócio sem que outra participe, ou bilateralmente, em que a maquinação é concentrada entre as partes, prejudicando terceiro.” (SILVA, A.C., 1999, p. 163).

Neste sentido, para Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, o termo fraude remete-se a manobra destinada a prejudicar terceiro “há aí a intenção de induzir os credores a um engano que os leve a um prejuízo, ou, então, à mera consciência de produzir o dano.” (2007, p. 223).

Nas palavras de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 240), “o essencial para sua caracterização é o intuito de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar de credores”, afirma, entretanto, que não basta a mera existência de fraude, “[...] sendo imprescindível que ela guarde relação com o uso da pessoa jurídica [...] se não tiver qualquer relação com a utilização da autonomia patrimonial não podemos aplicar a desconsideração.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 240-241).

Um exemplo disso são os negócios indiretos, nos quais as partes visam uma finalidade atípica ao negócio em questão, todavia, é insuficiente para que se aplique a teoria da desconsideração a simples existência de um negócio indireto (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 241). O autor ainda afirma: “a fraude é uma subespécie dos negócios indiretos, onde a ilegitimidade decorre não do desvio de função, mas da finalidade ilícita de tal desvio.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 241).

Quanto à intenção deliberada em prejudicar terceiros, tal consciência é o elemento que diferencia a fraude de outros vícios dos atos jurídicos. Entretanto,

apesar de nem toda fraude levar à ocorrência de prejuízo, este tem extrema influência na definição de fraude (FREITAS, 2007, v. 1, p. 223).

Ora, é certo que a pessoa jurídica não existe como ente autônomo a fim de permitir que a pessoa física que a compõe burle obrigação que lhe é imposta ou fazer algo que lhe é proibido, mas sim para permitir o exercício, normal e de boa-fé, das atividades econômicas que lhe são atribuídas (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 241).

Assim, impossível negar que “[...] as hipóteses de fraude cometida com abuso da personalidade jurídica também estão inseridas no art. 50, já que a fraude é uma forma de abuso.” (CLÁPIS, 2006, p. 145).

No que concerne ao abuso de direito, a doutrina apresenta a existência de duas teorias. Na primeira, subjetiva, analisa-se a intenção do titular de um direito para aferir a existência de abuso em sua conduta, no caso, culposa (CLÁPIS, 2006, p. 155-156).

Já na segunda teoria, agora objetiva, observa-se não a intenção do sujeito, mas exclusivamente o ato por ele praticado, que pode configurar-se como abusivo por: contrariar a finalidade econômica ou social, por falta de motivo legítimo para exercer determinado direito, ou ainda por submeter direito de outrem a risco ou prejuízo (CLÁPIS, 2006, p. 156-159).

A própria Constituição Federal determina que o exercício dos direitos deve atender à sua finalidade social, e não apenas à vontade de seu titular.

Desta forma, quando tal direito é utilizado anormalmente (para fins diferentes daqueles que deveriam ser aludidos), estar-se-ia diante da ocorrência de abuso de direito (FREITAS, 2007, p. 226).

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2007, p. 226) aponta:

Baseando-se no princípio de que o conteúdo ou as faculdades e poderes de cada direito são determinados por uma função social e ético-jurídica desse direito ou que, ao menos, encontra limitações imanentes, conclui-se que eles devem ser exercidos em conformidade com sua função e vocação axiológica. Agir de forma contrária a isso corresponderia a um comportamento desviado ou desnaturado dos poderes, ou seja, um afastamento do direito, uma transgressão do direito, já que apenas na aparência esse é usado, pois o que se dá, na verdade, é um agir sem direito.

Neste sentido temos ainda Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1995, p. 70), para quem “o abuso de direito corresponde a um mau uso do direito, ou seja, ao

exercício normal de um direito, estando o seu titular, todavia, desviado do fim econômico-social para o qual aquele direito foi criado”.

Assim, o ato praticado no abuso do direito é permitido pelo ordenamento jurídico, sendo, em princípio, plenamente lícito. Não obstante, foge de sua finalidade social, não podendo assim prevalecer, isto porque direitos não podem ser exercidos apenas levando-se em conta seu titular, mas toda a sociedade, tornando seu exercício relativo (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 242).

Desta forma, note-se que o abuso também ocorre quando o “[...] exercício extrapola o limite do necessário. Isso significa que o indivíduo vai além do direito que realmente possui [...]” e ainda que “a capacidade que se concede às pessoas jurídicas não é ilimitada, mas é um meio para se atingirem certos objetivos.” (FREITAS, 2007, p. 230).

Deixou o legislador de conceituar aquilo que entende por abuso de direito, expressão igualmente abrangente, o que torna impossível indicar de forma definitiva todas as suas hipóteses e gera controvérsias de interpretação (PINTO, 2003, p. 124).

Difere-se da fraude, pois no abuso não é essencial a existência de intuito de prejudicar outrem, mas um “mau uso” da personalidade jurídica (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 243).

Lembrando-nos que a principal consequência da personalidade jurídica autônoma conferida às pessoas jurídicas é justamente a autonomia patrimonial, pela qual o patrimônio dos sócios não se confunde com o da pessoa jurídica em si, é possível afirmar que na hipótese de mistura de tais patrimônios, inviabilizando a separação patrimonial, configura a chamada confusão patrimonial (PINTO, 2003, p. 79).

É justamente este o ensinamento de Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 240) para quem: “[...] a autonomia patrimonial da pessoa jurídica só subsiste quando ela é usada para seus devidos fins, isto é, quando ela não se confunde com os sócios e quando não é utilizada para fins não merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico.”.

Conforme leciona André Pagani de Souza (2011, p. 92):

Caso haja confusão entre bens dos sócios e das sociedades (utilizam os mesmos imóveis como sede, os mesmos móveis para se locomover, a sociedade paga contas pessoais dos sócios etc.), não há por que respeitar

a autonomia patrimonial da pessoa jurídica [...]. Se o motivo genérico para a criação de uma pessoa jurídica foi o estabelecimento da separação patrimonial entre ela e os membros que a compõem, deve a pessoa jurídica ser desconsiderada uma vez que não se respeita essa autonomia.

Eduardo Viana Pinto (2003, p. 125) sustenta a ocorrência da confusão patrimonial nas hipóteses em que os haveres da sociedade se misturam aos bens particulares dos sócios, gerando dificuldades em estabelecer uma distinção entre estes.

Afirma que essa mescla de patrimônios “[...] não permite que se reconheça a sua adequada e indispensável separação, podendo a autoridade monocrática em tal situação decretar a desconsideração da pessoa jurídica em relação aos bens que atrás dela se escondem.” (PINTO, 2003, p. 125).

Em dissertação para obtenção de título de Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Flávia Maria De Moraes Geraigire Clápis afirma (2006, p. 154):

Podemos concluir que a confusão patrimonial decorre da promiscuidade entre os negócios da sociedade e dos sócios, que são negligentes quanto à separação dos negócios pessoais e da empresa, impossibilitando que esta última tenha uma escrituração contábil transparente e própria. Assim como no desvio de finalidade, é importante termos em mente que a simples existência de confusão patrimonial não é suficiente para caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica. A confusão, como critério para a superação, só será válida quando estiver vinculada a um abuso na utilização da pessoa jurídica, ou seja, quando a mistura de patrimônios ou de personalidade esteja sendo utilizada para prejudicar terceiros.

Muito embora o Código Civil de 2002 preceitue apenas duas hipóteses (desvio de finalidade e confusão patrimonial), é preciso reconhecer que ambas possuem conceitos extremamente abrangentes, desta forma, “muitas condutas concretas poderão caber na hipótese de desvio de finalidade, igualmente quando se tratar de confusão patrimonial. Na prática, as hipóteses, muitas vezes, vão se confundir entre si”. (BRUSCATO, 2011, p. 220).

4.5 Diferença entre as hipóteses de Responsabilidade e de Desconsideração

Por fim, uma vez definido que o pressuposto que autoriza a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código Civil é o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade e pela

confusão patrimonial, torna-se necessário diferenciar as hipóteses de responsabilidade e desconsideração.

Os institutos da responsabilidade e da desconsideração apresentam semelhanças, já que ambos visam, em última instância, atingir os bens do patrimônio pessoal dos responsáveis; entretanto, diferenciam-se na medida em que esta “busca” pelo patrimônio dos sócios ocorre de maneiras distintas.

Não obstante, a teoria da desconsideração destina-se, exclusiva e casuisticamente, às situações em que a lei não consegue prever a má utilização dos privilégios conferidos à pessoa jurídica (BRUSCATO, 2011, P. 216).

Assim, as hipóteses de responsabilidade são previstas em lei, a exemplo dos artigos 117, 158 e 282 da Lei n. 6.404/76 e do artigo 10 do Decreto n. 3.708/19. Bastando provar sua ocorrência e o prejuízo dela decorrente, sem que seja caso de aplicação da *disregard doctrine* (BRUSCATO; RODRIGUES JÚNIOR, 2008, p.02-03).

Por sua vez, nas hipóteses de desconsideração, como dito anteriormente, faz-se necessária a comprovação de seus pressupostos, não havendo previsão legal específica para o caso (BRUSCATO; RODRIGUES JÚNIOR, 2008, p.02-03).

Temos então que “o mesmo espírito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica está presente em outros diplomas legais [...], mas como há previsão específica na lei, trata-se de responsabilização.” (BRUSCATO, 2011, p. 218).

A confusão não é inusitada. Conforme afirma Itamar Gaino (2005, p, 126-127), tem sido comum sua ocorrência na jurisprudência, pois na busca de responsabilizar o sócio por meio da teoria da desconsideração, esta tem sido aplicada erroneamente, já em muitas das situações existe uma norma legal específica de imputação direta de responsabilidade.

A título de exemplo, eventual prática de ato ilícito ou infração do estatuto ou contrato social da pessoa jurídica não faz necessária a aplicação da teoria da desconsideração, isto porque o ordenamento jurídico já estabelece, para estes casos, a responsabilização direta e pessoal dos sócios pelos atos decorrentes de tais práticas (RAMOS, 2009, p. 333).

Assim, a *disregard doctrine* possui caráter subsidiário, devendo ser aplicada apenas em casos onde não seja possível solucionar a questão mediante

imputação direta de responsabilidade ao sócio ou outro instituto jurídico, como a anulabilidade, nulidade ou ainda, a fraude contra credores (GAINO, 2005, p.128).

Neste momento, cabe ainda apresentar os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 65-66), para quem a teoria só pode ser aplicada nas situações onde a personalidade autônoma configura-se como obstáculo para composição dos interesses. Desta forma, não impedindo a responsabilidade do sócio ou administrador, não há que se falar em desconsideração.

Continua, sustentando que a correta invocação da teoria nas hipóteses onde a consideração da sociedade gera a licitude dos atos praticados. Desta forma, “[...] o pressuposto da licitude serve, em decorrência, para distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária.” (COELHO, 2012, v. 2, p. 66).

Finalmente, feita esta distinção, é possível estabelecer outro parâmetro para a aplicação da teoria da desconsideração.

Em suma, além dos designados pelo artigo 50 do Código Civil, há a necessidade de verificação prévia de eventual incidência das hipóteses de responsabilidade previstas em lei, uma vez que, como dito, ao incidir uma destas não se pode invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (SANTOS, 2003, p. 209).

4.6 Aspectos Processuais da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no ordenamento brasileiro

Primeiramente, cabe esclarecer que diversas são as controvérsias e discussões doutrinárias a respeito dos aspectos processuais advindos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, o presente trabalho não pretende apresentar todas, mas somente àquelas que guardarem importante relação com a incidência da *disregard doctrine* na execução trabalhista, a fim de traçar um novo parâmetro de aplicação diante do iminente Novo Código de Processo Civil. Desta forma, propositalmente, algumas das questões aqui apresentadas deixarão de ser aprofundadas.

Apesar de ser a teoria um instituto do direito material, inegável que vários são seus reflexos processuais, uma vez que sua aplicação mostra-se “[...] sempre condicionada à apreciação judicial” (BRUSCATO, 2011, p. 217).

Não haverá, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), atualmente em *vacatio legis*, um procedimento específico no ordenamento jurídico para a aplicação prática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, não se pode deixar de lado a previsão dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), pelos quais, respectivamente: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” e “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”.

Assim, mesmo na falta de norma geral quanto à aplicação processual, tais artigos devem nortear a incidência da teoria da *disregard doctrine* no campo prático. Até mesmo porque “[...] o processo é apenas um meio, um instrumento e não um fim em si mesmo.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 265).

Todo o desenvolvimento estrutural do processo visa à sentença, que é “[...] o ponto de encontro da relação material abstrata com a relação material concreta.”, no entanto, “[...] a realidade processual não deve se desprejar da realidade material do direito.” (SILVA, A.C., 1999, p. 132-133).

Essa função instrumental do processo deve ser preservada, principalmente por, após os diversos atos que compõe o procedimento, culminar na sentença, que prestará a tutela jurisdicional requerida determinando a quem caberá o direito (SILVA, O.V., 2002, p. 155).

Na sentença “[...] se determinarão os pontos objetivos e subjetivos das relações materiais, antes abstratos, incertos, difusos, contraditórios, e que somente na sentença tornam-se precisos e definitivos.” (SILVA, O.V., 2002, p. 156).

Alexandre Couto Silva afirma (1999, p. 132):

Não se pode esquecer que a disciplina processual busca a sentença e tem a função primordial e principal de ligar o lado abstrato da norma jurídica ao concreto. O processo não perdeu sua função de ser o ponto de travessia do lado abstrato para o lado concreto da norma jurídica. O processo continua tendo sua função de ser um instrumento para a garantia do direito.

Neste aspecto, conforme ensina Marlon Tomazette “[...] o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica é um corolário do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.” (2012, v. 1, p. 265).

O Estado garante a todos o direito à tutela jurisdicional por meio de garantia constitucional, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Magna Carta, o qual afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito.”

Tal garantia “[...] representa não apenas o direito ao acesso formal à via judicial, mas a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada por meio da tutela jurisdicional.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 266).

Entretanto, note-se que a aplicação prática da *disregard doctrine* deve ser feita com extrema cautela e, novamente, somente em casos excepcionais.

Rubens Requião (1988, v. 1, p. 83), em seu pioneiro trabalho, já afirmava neste sentido:

Quando propugnamos pela divulgação da *doutrina da desconsideração da pessoa jurídica* em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que se revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.

Em primeiro lugar, conforme preceitua a redação do artigo 50 do Código Civil de 2002, não é permitido ao Juiz que, de ofício, decidir sobre a teoria da desconsideração, aplicável somente diante de requerimento da parte ou do Ministério Público, quando a ele couber intervir (RAMOS, 2009, p. 343).

Assim, ainda mais em razão da previsão civilista, deverá o Juiz respeitar o princípio da congruência ou da correlação, pelo qual “[...] o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta a demanda. Há uma correlação entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*).” (SILVA, O.V., 2002, p. 157).

Em relação à necessidade, ou não, de processo autônomo para aplicação da teoria da *disregard doctrine*, Gilberto Bruschi elucida a existência de duas correntes doutrinárias (2009, p. 83).

Uma primeira vertente defende a necessidade de um processo de conhecimento autônomo e paralelo à execução, “[...] para que nela se possa formar um novo título executivo judicial que permita invadir a esfera patrimonial do sócio ou representante da pessoa jurídica, fazendo com que ele ingresse no polo passivo da execução.”. (BRUSCHI, 2009, p. 83).

Também apresenta como argumento a preservação dos princípios constitucionais do devido processo legal, incluídos o contraditório e a ampla defesa, sendo então necessária dilação probatória da ação de conhecimento, no caso, o procedimento adequado (BRUSCHI, 2009, p. 83-84).

Por sua vez, uma segunda corrente sustenta a possibilidade de aplicação incidental da *disregard doctrine*, na própria execução, após a comprovação dos pressupostos necessários (BRUSCHI, 2009, p. 83).

Tal corrente defende que o processo deve “[...] ser efetivo e célere, porém sem nunca violar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que se acham insculpidos no art. 5º da Constituição Federal.”, sem que isto signifique a adoção de uma medida morosa, o que tornaria inútil a tutela jurisdicional (BRUSCHI, 2009, p. 86).

Referido autor mostra-se seu defensor apontando (BRUSCHI, 2009, p. 87):

Sabendo que foram levados a efeito certos atos contrários aos ditames legais pela sociedade executada, basta que comprove tais fatos, requerendo ao juiz que proceda à desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, visando apenas e tão somente à ineficácia dos atos exercitados irregularmente, ensejando o acesso aos bens daquele que os praticou para que se satisfaça a execução. Ou seja, não há por que ajuizar processo paralelo autônomo, para, somente após o trânsito em julgado da sentença deste, haver a constrição dos bens de terceiros responsáveis pelos atos ilícitos.

Marlon Tomazette também se apresenta como defensor da possibilidade de incidência da teoria da desconsideração independentemente da existência de ação de conhecimento autônoma (2012, v. 1, p. 265).

Ainda afirma (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 267):

A partir dessa busca da efetividade é que se deve deferir a desconsideração, independentemente de um processo de conhecimento com esse objetivo específico. Exigir um processo para esse fim seria extremamente moroso e não se coadunaria com a garantia constitucional da adequada tutela jurisdicional.

Já para Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 2, p. 78), defensor da primeira corrente, o único meio adequado de aplicação da teoria seria “[...] por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os

sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento.”.

O autor ainda sustenta (COELHO, 2012, v. 2, p. 78-79):

Note-se que descabe a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório. Desse modo, quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrou, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado, se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no polo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes.

Osmar Vieira da Silva (2002, p. 167) partilha deste pensamento ao afirmar como pressuposto que a fraude não se presume, defendendo a necessidade de uma ação cognitiva autônoma, movida contra os sócios e controladores da pessoa jurídica, onde caberá ao credor (requerente) demonstrar o pressuposto fraudulento que autoriza a incidência da teoria.

Neste aspecto, quanto à contra quem se deve ajuizar o pedido de desconsideração, como dito, Osmar Vieira da Silva (2002, p. 167) defende que “[...] não deve demandar somente esta última, mas, também, a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas.”.

Para Eduardo Viana Pinto (2003, p. 87) a execução não pode, diretamente, ser ajuizada contra a pessoa de determinado administrador ou sócios, mas sim contra a pessoa jurídica; defende que para inclusão de sócios e/ou administradores é indispensável prévia aplicação da teoria da desconsideração, afirmando (PINTO, 2003, p. 87):

É que contra o sócio que foi incluído nessa relação processual o exequente não possui título executivo algum. Exibe exclusivamente título de crédito contra a pessoa jurídica. Daí a necessidade do ingresso da ação de cobrança exclusiva contra a sociedade, para, então, ser requerida a integração no seu polo passivo daquele sócio que for designado pelo

exequente. É que o sócio em tais circunstancia ocupa a condição de responsável, não é devedor, posição esta que assume após despacho do juiz que ordenar sua integração à relação jurídico-processual já instalada.

Oposto é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem a demanda deve dar-se em face daqueles que se quer responsabilizar, e não contra a pessoa jurídica, afirmando que (2012, v. 2, p. 78):

Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade. Se a sociedade não é sujeito passivo do processo legitimado a outro título, se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de sócios ou administradores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento de mérito, em relação à sua pessoa, caso indicada como ré.

Já para Osmar Vieira da Silva (2002, p. 167) ambas as figuras, devem ser acionados, apontando que: “[...] quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social [...] não deve demandar somente esta última, mas, também a pessoa ou pessoas que quer ver responsabilizadas.”.

No que diz respeito ao momento no qual se deve realizar o pedido de apreciação da teoria, Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 264) defende que dificilmente é possível visualizar sua necessidade quando do surgimento da obrigação e até mesmo quando do processo de conhecimento.

Assim, sustenta que tal necessidade apresenta-se principalmente quando da execução ou no cumprimento de sentença, afirmando (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 264):

Todavia, nos processos de execução ou no cumprimento das sentenças, é a bastante frequente que se verifique a insuficiência dos bens da pessoa jurídica, constatando-se que tal fato decorreu do abuso da personalidade jurídica. Nesses casos, é de interesse dos credores o alcance dos bens dos sócios ou administradores. Para tanto é necessária uma determinação judicial que irá atingir os interesses dos sócios ou administradores.

Eduardo Viana Pinto (2003, p. 87) aponta a possibilidade do pedido de desconsideração constar já na peça inaugural:

Ao ajuizar a demanda executiva contra a pessoa jurídica, pode ocorrer que o credor já se encontre munido de tão robusta e inequívoca prova documental, e a partir da qual inclua nessa peça vestibular aquele sócio que

deverá responder pelo débito ajuizado, tal o grau o vínculo de responsabilidade deste com relação aos atos praticados com manifesta má-fé ou de maneira abusiva. Mesmo diante de tais circunstâncias, para que seja acolhida essa postulação inaugural, o magistrado deverá reconhecer desvirtuamento a personalidade jurídica, para, então, ordena o ingresso do sócio, apontado para responder pelo passivo da sociedade devedora, em substituição a esta.

No que concerne a quem pode ser responsabilizado através da aplicação da teoria, pela leitura do artigo 50 do Código Civil de 2002 é possível afirmar que através da desconsideração podem ser responsabilizados, por obrigações inicialmente da sociedade, seus sócios e administradores.

Segundo Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 263) poderiam ser responsabilizados não somente aqueles que têm poder de gestão, mas também indivíduos com pequena participação mas que acabam por praticar ou se beneficiar dos atos que permitem a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, afirma que a *disregard doctrine* “[...] não se estende a todos os sócios ou administradores, mas àqueles que tenham poder de controle, de gestão ou tenham participado ou se beneficiado pelos atos abusivos ou fraudulentos determinante da desconsideração.” (TOMAZETTE, 2012, v. 1, p. 263).

Neste mesmo sentido Gilberto Gomes Bruschi (2009, p. 149) sustenta:

Salvo melhor juízo, entendemos que meras participações societárias, pouco representativas em relação ao capital social, sem poder de controle, sem poder de administração e sem que tenham participado dos atos considerados excessivos ou abusivos como fator determinante da desconsideração da personalidade jurídica, seus detentores, meros investidores, não podem ser alcançados e muito menos responsabilizados pelos atos de outrem.

Relativamente aos meios de defesa que podem ser adotados por aquele que tem seu patrimônio tingido através da aplicação *disregard doctrine*, para Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 268):

O STJ possui decisões que reconhecem o cabimento dos embargos de devedor e não dos embargos de terceiro, uma vez que a partir da desconsideração o sócio ou administrador passaria a ser parte no processo. Em sentido contrário, há julgado do TJDF afirmando ser o caso de cabimento de ação de embargos de terceiro, porquanto o sócio não seria parte do processo para apresentar embargos à execução, admitindo, porém a fungibilidade entre as medidas. A nosso ver, efetivamente a medida a ser utilizada são os embargos à execução ou a impugnação, mas é

recomendável que se reconheça a fungibilidade entre essas medidas e os embargos de terceiro, para não prejudicar o exercício do direito de defesa.

Por fim, apontando mais uma vez os ensinamentos de Marlon Tomazette, agora em relação à aplicação da teoria da desconsideração em cognição sumária, o autor sustenta ser (2012, v. 1, p. 271):

[...] impossível constatar os pressupostos da desconsideração num juízo baseado em tal tipo de cognição. Com efeito, na cognição sumária as decisões se contentam com o provável, embasando-se em juízos de provável, embasando-se em juízos de probabilidade e verossimilhança, que não são suficientes para configurar cabalmente os pressupostos excepcionais de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Em posicionamento contrário, André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 342) defende a possibilidade de se aplicar a *disregard doctrine* em decisão liminar quando demonstrada a verossimilhança das alegações trazidas, bem como inequívocas provas de ocorrência de alguma das hipóteses autorizativas.

Apresentados tais aspectos, o presente estudo abordará de forma aprofundada e remetendo-se à discussão sobre a necessidade ou não de processo autônomo, sobre o contraditório e a ampla defesa quando da aplicação da *disregard doctrine*, como dito, na execução trabalhista, agora à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com raízes no ordenamento anglo-saxão e aperfeiçoado no constitucionalismo norte-americano, atualmente o devido processo legal mostra-se um instituto universal (PORTANOVA, 2008, p. 146), de modo que “quase a totalidade das Constituições dos Estados Democráticos de hoje contém garantias expressas do direito fundamental à tutela jurisdicional.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 66).

Historicamente, segundo Nelson Nery Júnior (2009, p. 78):

O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a *Magna Charta* de João Sem-Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*. O termo hoje consagrado, *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London* [...].

A proteção jurisdicional, traduzida no direito de ação, é função da Constituição. Entretanto, não basta, para que se tenha uma tutela efetiva, a simples declaração de direitos ou a mera definição de competência; “[...] é imperioso que o titular do direito possa contar com instrumentos e mecanismos de provocação e atuação efetiva das garantias jurídicas.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 55).

Modernamente temos o chamado Direito Constitucional Processual que “[...] procura coordenar a metodologia e a sistemática dos princípios constitucionais aplicados ao processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 57).

Neste mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior continua (2007, p. 58-59):

O processo, portanto, é chamado a servir à Constituição em ambos os níveis, vale dizer, tanto na tutela do ordenamento jurídico em geral (manutenção do princípio da legalidade) como na tutela das garantias específicas de natureza puramente constitucional. [...] Há sempre uma carga muito expressiva de direito constitucional em toda a atividade jurisdicional e mesmo em toda a regulamentação normativa do processo.

Nelson Nery Júnior (2009, p. 77) afirma que várias são as formas encontradas na doutrina de se identificar esse fenômeno de submissão do direito infraconstitucional à Constituição Federal; entretanto, sustenta que em função da

natureza de constituição dirigente de nossa Magna Carta, seria desnecessária construção doutrinária neste sentido, pois, de qualquer forma “[...] todos os ramos do direito se subordinam à Constituição Federal e devem conformar-se com ela.” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 77).

No Brasil, o princípio constitucional fundamental para o processo civil é justamente o do devido processo legal, tradução dada à expressão estrangeira “*due process of law*”; encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, no rol de direitos fundamentais apresentados pelo artigo 5º, especificamente, em seu inciso LIV, nos termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”.

Assim, podemos conceituar o princípio do devido processo legal conforme Rui Portanova (2008, p. 145):

O devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Assim, pelo princípio do devido processo legal, a Constituição garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis.

Por opção da própria doutrina e jurisprudência, e até mesmo do legislador, o princípio do devido processo legal “é instituto de teor inexato, vago, indefinido.” (BRAGA, 2008, p. 180).

Para Rui Portanova (2008, p. 146) o princípio também possui um amplo aspecto e é tão significativo que acaba por legitimar a jurisdição, chegando a confundir-se com o próprio Estado de Direito.

Assim, além de dirigir-se ao Juiz e às partes, a garantia do devido processo legal dirige-se também ao legislador, mostrando-lhe o limite dentro do qual deverá elaborar normas processuais (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 72).

Sua relevância é tamanha que acaba por justificar-se como “[...] verdadeiro princípio informativo de todos os princípios ligados ao procedimento.” (PORTANOVA, 2008, p. 146). Pode-se ainda afirmar que nele estão contidas “[...] as garantias representadas principalmente pelos princípios do contraditório, ampla defesa, duplo grau, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita” (PORTANOVA, 2008, p. 147).

Segundo ensinamentos de Paula Sarno Braga (2008, p. 181):

Reveste-se o *due process* da qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, que funde, agrega, sedimenta em seu conceito, de forma harmônica, os mais variados princípios constitucionais – como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, à igualdade, à publicidade etc –, todos eles oponíveis aos diferentes Poderes do Estado. E é a concretização deste princípio-síntese (*due process*) que assegura ao homem o amplo acesso a uma ordem jurídica justa. Note-se que ele é um amálgama, e não mera justaposição, de princípios.

Afirmando-se que o princípio em tela não se direciona somente à tutela processual, válida se torna a abordagem feita por Nelson Nery Júnior (2009, p. 90):

O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito do silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto-incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da *procedural due process clause*.

Entretanto, o passar do tempo trouxe modificações ao conceito de “devido processo”, principalmente no sentido de aprofundar sua abrangência, permitindo uma interpretação elástica visando assegurar os direitos fundamentais do cidadão (NERY JÚNIOR, 2009, p. 81).

A título de exemplo termos Rui Portanova, afirmando (2008, p. 147):

O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individuais e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

Neste aspecto o princípio do *due process* pode ser analisado sob duas dimensões: a processual e a substancial. Pela primeira a tutela de bens jurídicos deve ocorrer por meio de processos legais e ordenados. Substancialmente estes mesmos bens devem ser protegidos também quando da elaboração e aplicação das normas com função de regula-los (BRAGA, 2008, p. 182).

Paula Sarno Braga continua (2008, p. 182):

Enquanto aquele (o processual) confina os Poderes Estatais no que à forma como produz seus atos normativos/decisórios (legislativos, administrativos ou jurisdicionais) – exigindo-se que se siga um percurso pautado nas formalidades legais –, este último (o substancial) restringe o exercício de tais Poderes no que se refere à substância (matéria ou conteúdo) de seus atos normativos/decisórios – reclamando resultados essencialmente corretos, justos e razoáveis.

Ou seja, “[...] o devido processo legal, sob o enfoque processual, constitui-se nessa garantia de observância de uma sequencia procedimento, com etapas essenciais, que legitima o ato ou decisão estatal invasivo da esfera de direitos fundamentais do indivíduo.” (BRAGA, 2008, p. 184-185).

Paula Sarno Braga ainda aponta que em seu aspecto processual o *due process* chega a confundir-se com o princípio da legalidade, já que “[...] determina que se observe o procedimento traçado na lei (em sentido lato).” (BRAGA, 2008, p. 184).

5.1 Contraditório

O princípio do contraditório nada mais é do que “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas.” (PORTANOVA, 2008, p. 160).

Ou ainda, nas palavras de Gilberto Gomes Bruschi (2009, p.87):

[...] significa direito à informação, que obriga o julgador a dar conhecimento à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, que garante a quem se defende a prerrogativa de se manifestar, escrita ou oralmente, acerca dos elementos de fato e de direito constantes dos autos; direito a que os argumentos formulados pela defesa sejam considerados e contra-argumentos apresentados no processo.

Desta forma, “[...] além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima relação com o da igualdade das partes e o do direito de ação [...]” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 205).

Para Rui Portanova (2008, p. 164), “[...] o contraditório opera com vistas à eliminação (ou pelo menos diminuição) das desigualdades, jurídicas ou de fato, entre os sujeitos do processo.”

Até o advento da Constituição Federal de 1988, não havia para o processo civil um dispositivo específico sobre o contraditório, entretanto, isto não impediu seu desenvolvimento e aplicação, isto porque a estipulação do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assim como o princípio da igualdade, lhe davam satisfatório embasamento (PORTANOVA, 2008, p. 161).

Para Nelson Nery Júnior (2009, p. 204):

Relativamente ao texto constitucional anterior (CF/1969 153 § 15), a inovação foi profunda porque fez com que o princípio também alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na Carta revogada havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (CF/1969 153 § 16), nada obstante houvesse a correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e administrativo.

Tratando-se de garantia consagrada constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, “[...] não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo [...]. o órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo.” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 207).

Entretanto, “[...] na atualidade, o conteúdo do princípio é tão rico, tão vasto, tão cheio de importância que dificilmente uma síntese poderia projetar toda a sua extensão.” (PORTANOVA, 2008, p. 161).

De modo amplo, entende-se por contraditório: “[...] de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 206).

É possível afirmar então que “não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isso, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal.” (PORTANOVA, 2008, p. 161).

Neste sentido a Constituição assegura o direito de ação, mas ao mesmo tempo condiciona, ao efetivo contraditório, a prestação jurisdicional (SILVA, O.V., 2002, p.202).

No processo, o contraditório manifesta-se pelo direito à prova, pelo qual as partes possuem o direito de produzir provas referentes à suas alegações e ainda contraprovas do alegado pela parte contrária (NERY JÚNIOR, 2009, p. 207).

Nelson Nery Júnior (2009, p. 206) ainda afirma que “todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.”.

Rui Portanova afirma (2008, p. 162-163):

Em relação à prova, o contraditório centra-se na necessidade de amplo debate e maior proximidade do juiz com a parte. Com isso, propugna-se mais pela oralidade do que pelo julgamento antecipado da lide, principalmente quando este implica indeferimento de prova. A parte tem direito de participar na formação e na produção de todos os meios de prova.

Nesse jaez, o destinatário da prova produzida é o próprio processo – e não o juiz – assim, este não poderá negar a produção de determinada prova quando a parte tiver direito à sua realização, sob pena de cerceamento de defesa, resultando na nulidade dos atos e decisões que seguirem, ou até mesmo na anulação do processo ou procedimento (NERY JÚNIOR, 2009, p. 207-208).

Sem a observância do princípio do contraditório é impossível firmar um processo como sendo democrático.

5.2 Ampla Defesa

Pela ampla defesa, “o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas” (PORTANOVA, 2008, p. 125).

Decorre do próprio contraditório, já que seria desnecessário dar vistas à parte contrária daquilo que fora praticado sem que, por outro lado, lhe fosse assegurado o direito de apresentar manifestação e produzir provas (SILVA, O.V., 2002, p. 202).

Osmar Vieira da Silva ainda sustenta a impossibilidade de dissociação da ampla defesa e do contraditório, “[...] que em conjunto formam os princípios do devido processo legal, fundamental para a consecução da justiça, no seu sentido mais amplo possível.” (2002, p. 203).

Neste sentido Rui Portanova (2008, p. 125):

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito

de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade [...] nada e ninguém pode impedi-lo de se defender.

A Constituição Federal também se refere ao princípio da ampla defesa no inciso LV do artigo 5º, novamente transcrito, afirmando: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. Desta forma, nosso ordenamento institui a ampla defesa como direito fundamental das partes, tendo como instrumento para sua realização o contraditório.

Tratando-se de direito fundamental, a possibilidade de defesa não se trata de uma generosidade do Estado, mas um interesse público, “para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.” (PORTANOVA, 2008, p. 125).

Pode-se citar também como uma das funções da ampla defesa “[...] limitar a ação do poder público (plano objetivo) e conferir ao individuo poderes e faculdades como posição jurídico-individual.” (MENDONÇA JÚNIOR^b, 2001, p. 109)

Delosmar Mendonça Júnior complementa (2001, p. 110):

Há plena eficácia normativa do princípio da ampla defesa no ordenamento processual brasileiro, atuando diretamente como suporte normativo na solução na solução do caso concreto; balizando a legislação infraconstitucional ou servindo de vetor interpretativo (interpretação do ordenamento processual conforme a Constituição). Pelo caráter principiológico, a ampla defesa possui a característica de vértice axiológico do sistema processual.

Quanto as provas, uma vez feitas as alegações, os titulares envolvidos passam a exercer, com base na ampla defesa, seu direito à prova-las; “de nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à provas, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 244).

A título de exemplo, Gil Ferreira de Mesquita aponta (2003, p. 171):

Como o mandamento constitucional refere-se à ampla defesa fazendo menção aos meios e recursos a ela inerentes, o substrato da garantia para o autor pode ser assim apresentado: direito de receber citação, direito de sustentar sem restrições suas razões em contestação por meio de profissional habilitado, infirmar as razões do adversário, produzir provas e contraprovas amplamente, participar da colheita de provas em audiência

(até aqui os meios) e o direito de usar dos recursos para fazer valer suas razões perante as instâncias superiores (aqui os recursos).

Neste aspecto, para atender aos termos constitucionais o princípio da ampla defesa deve dirigir-se pelo da efetividade processual, de modo que, não basta que a parte se defenda, “[...] é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo.” (PORTANOVA, 2008, p. 127).

5.3 O Novo Código de Processo Civil e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Diante da defasagem do Código de Processo Civil datado de 1973, não somente no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, mas também a outros institutos, no dia 30 de setembro de 2009, o então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instituiu e encarregou uma Comissão de Juristas a elaborar o anteprojeto do novo código, apresentado ao Congresso Nacional em 08 de junho de 2010, transformando-se no Projeto de Lei n.º 166/2010 (TAVARES JÚNIOR, 2015).

Ressalte-se que o presente estudo não discute a necessidade, ou não, de um Novo Código de Processo Civil, até porque, quanto ao tema aqui exposto – teoria da *disregard doctrine* – a defasagem era clara diante da inexistência de qualquer estipulação.

Após a apresentação de substitutivo pela Câmara (n. 8.046/2010) e quase cinco anos em tramitação, o Senado aprovou definitivamente a redação final do dispositivo no dia 17 de dezembro de 2014, sendo então submetido à sanção presidencial (TAVARES JÚNIOR, 2015).

Sancionado pela presidente da República Dilma Rousseff, em cerimônia realizada no Palácio do Planalto no dia 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, e publicado no Diário Oficial da União no dia 17 de março de 2015, de modo que entrará em vigor na data de 18 de março de 2016 em respeito a *vacatio legis* estipulada no artigo 1.045 do novo Código (TAVARES JÚNIOR, 2015).

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica, o Novo Código de Processo Civil inovou ao prever proceduralmente sua forma de aplicação, regulamentada dentre os artigos 133 a 137, inseridos no Capítulo IV, intitulado “*Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*”, pertencente ao Título III, denominado “*Da intervenção de terceiros*”.

Traçando um comparativo entre ambos os Projetos (anteprojeto e substitutivo), em relação ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é possível afirmar que “[...] o PL n. 8.046/2010 detalha conteúdos de que o outrora PLS n. 166/2010 expressa ora por vezes de forma ampla, outras de maneira diminuta [...]” (GAIO JÚNIOR, 2014, p. 78).

Segundo Cassio Scarpinella Bueno o anteprojeto inovou ao permitir, incidentalmente, o processo da desconsideração, com o fim de responsabilizar diretamente, nos casos permitidos pela lei material, os sócios (2015, p. 132).

Aponta ainda que os projetos do Senado e da Câmara mantiveram a inovação proposta pelo anteprojeto, aperfeiçoando-o e corretamente o colocando juntamente com as demais modalidades de intervenção de terceiro previstas pelo novo dispositivo: assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo e *amicus curiae* (BUENO, 2015, p. 132).

Notável que, concedendo ao pedido de aplicação da teoria da *disregard doctrine* natureza de incidente, o legislador procurou prestigiar a economia e a celeridade processual, bem como garantir o respeito ao princípio fundamental da ampla defesa (GAIO JÚNIOR, 2014, p. 73).

O Novo Código de Processo Civil adotou assim a opção, temporal e financeiramente, mais econômica (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 571).

O iminente dispositivo tendendo à corrente que afirma ser desnecessária a propositura de ação autônoma, determinando no artigo 133 que “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

Neste sentido Antônio Pereira Gaio Júnior (2014, p. 72-73):

[...] a desconsideração da personalidade jurídica possui característica de um incidente processual, querendo daí depreender que prescinde de ação própria para provocar sua cognição. Neste sentido é que será nos próprios autos do processo, após provocação para tal, que o magistrado, estabelecerá o contraditório e a ampla defesa para o pleno conhecimento e

análise meritória do pedido de desconsideração da personalidade jurídica em questão.

No tocante ao requerimento, já há na doutrina divergências quanto à sua necessidade. Em obra coletiva, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015b, p. 208) sustentam a possibilidade de instauração, de ofício, do incidente de desconsideração quando o direito material não fizer exigência quanto a iniciativa da parte.

Por sua vez, também em obra coletiva, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (2015, p. 252) defendem a impossibilidade de instauração de ofício do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Neste mesmo sentido encontramos Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p.571) que afirmam que o magistrado “não pode, pois, aplicar a desconsideração *ex officio*”.

O artigo 134 preceitua que “o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, reafirma o entendimento de que a desconsideração pode ser requerida em qualquer fase do processo.

Desta forma, poderá ocorrer em qualquer processo – de conhecimento ou de execução – e até mesmo em diferentes procedimentos – os previstos em legislação extravagante, os de jurisdição contenciosa e não contenciosa, bem como nos procedimentos comuns e especiais (GAIO JÚNIOR, 2014, p. 75).

Excepcionalmente, em fase de recurso especial ou extraordinário não é possível a instauração do incidente, já que a competência dos tribunais superiores, determinada pela Constituição Federal, limita-se a questões federais ou constitucionais, esta quando revestida de repercussão geral (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 253).

Determina o §1º do artigo 134 que “a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas”.

Note-se, contudo, que a lei dirige-se ao incidente efetivamente instaurado, ou seja, aquele cuja instauração pleiteada, após verificação da existência dos pressupostos de instauração, fora aceita pelo juiz (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 253).

A convicção do magistrado, nessa hipótese, não precisa ser exauriente, mas indicar, diante da plausibilidade das alegações, uma mínima “aparência de bom direito” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 253-254).

Referido artigo, em seu § 2º pontua que “dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.”.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p.574):

Por razões de lógica e de economia processual, certamente é desnecessário instaurar o incidente se o pedido foi feito na petição inicial. Neste caso, o juiz poderá determinar desde já a citação não da empresa, mas do próprio sócio. Como a norma prevê a que citação poderá ser tanto quanto do sócio quanto da empresa, poderia-se deduzir daí que o autor a ação poderá optar por um ou outro; todavia, parece mais seguro requerer a citação de ambos – com isso, pode-se, por exemplo, fazer incidir os efeitos da revelia tanto sobre um quanto sobre o outro, em caso de não apresentação da contestação.

Nesta situação tem-se a “[...] ocorrência de um litisconsórcio, ainda que formulado a título eventual e provavelmente fundado em diversa causa de pedir, isto é, na hipótese de a pessoa jurídica não ter condições de arcar com sua responsabilização”. (BUENO, 2015, p. 133).

Neste seguimento, em obra conjunta, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (2015, p. 253) sustentam, para este caso, a ocorrência de litisconsórcio facultativo passivo, afirmando que “[...] ambos, pessoa jurídica e sócio(s), passarão a integrar o processo na qualidade de litisconsortes.”.

Desta forma, o contraditório será exercido na própria contestação, dispensando-se a instauração de incidente e evitando a suspensão do processo; neste caso a citação será dirigida tanto à pessoa jurídica quanto ao sócio que poderão ser, eventualmente, atingidos pela desconsideração (MARINONI; ARENHART; MITIDEIRO, 2015b, p.209).

O requerimento da desconsideração, logicamente, afeta o andamento normal do processo principal, ao se mostrar a ele acessório, por surgir como um “imprevisto” que recai sobre este processo principal, e deve, em consequência, ser decidido antes da questão principal.

Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes (1991, p. 51-52):

Portanto, para que uma questão seja incidental é preciso que ela ocasione uma alteração no desenvolvimento do processo, resulte esta num alongamento do procedimento principal ou na instauração de um procedimento colateral. Mas, a questão incidental é o objeto de conhecimento do juiz, é a matéria que será resolvida. A alteração no processo constituirá ou o “incidente” ou o “procedimento incidental”. A questão incidental por levar portanto ao surgimento de “momentos novos” no processo para a sua solução ou para a sua admissão, sem necessidade de instauração de um procedimento incidental. O incidente constitui esse momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na sequência procedimental, que possibilitam a decisão da questão incidental ou o exame dos pressupostos de sua admissibilidade no processo.

Justamente neste sentido é a estipulação do § 3º do artigo 134, pelo qual “a instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º”, ou seja, salvo os casos onde a desconsideração for requerida já na peça inaugural, haverá suspensão do processo.

Assim, “[...] o incidente passa a ser o que está ocorrendo no processo, ou seja, os atos ‘normais’ do processo não se praticam, até que seja proferida decisão sobre se haverá, ou não, mais um réu, como decorrência da despersonalização da pessoa jurídica.” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 254).

A suspensão ocorre, principalmente, porque “[...] o polo passivo da relação jurídica será modificado para dele fazer constar os sócios e administradores.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 574).

O incidente mostra-se então destinado a criar, ou até mesmo ampliar o título executivo, permitindo a realização de atos executivos em face de quem, até o momento, não constava, como devedor responsável pelo título que baseia a execução ou o cumprimento de (BUENO, 2015, p. 133).

Em suma, por meio da ciência dá-se aquele, até então terceiro, conhecimento sobre a possibilidade de ocorrência da desconsideração, até porque o principal efeito da decisão que acolhe a desconsideração “[...] é o de tornar possível que os atos da execução atinjam o patrimônio dos sócios [...] estendendo a responsabilidade patrimonial a um terceiro, que passa a ser réu.” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 255).

Notamos assim que o sócio citado “[...] se trata, realmente, do réu do incidente e que, se acolhido no mérito o requerimento de desconsideração, este

passará a ser réu no processo em que o incidente foi suscitado.” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 254).

Ainda na nova regulamentação, o legislador optou pela aplicação excepcional da teoria da desconsideração, adotando a teoria maior ao afirmar no §4º do artigo 134 que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”, não se referindo à simples inadimplência.

No mesmo sentido tem-se o § 1º do artigo 133: “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.”.

Determina assim que à lei material caberá determinar os pressupostos específicos de aplicação da teoria da desconsideração, variando de acordo com o ramo do direito material no qual se baseia o pedido, entretanto, o procedimento processual a ser adotado persiste sendo o mesmo (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 252).

Nas palavras de Antônio Pereira Gaio Júnior (2014, p.75):

Os permissivos legais para o respectivo cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica são elencados tanto sob o ponto de vista material quanto formal, ou seja, leva-se em conta tanto o conteúdo de direito material, objeto do caso concreto imputado a outrem e qualificado como casuística relativa ao cabimento de possível desconsideração da personalidade jurídica, como a forma processual e procedimental adequada.

A nova legislação solucionou também a discussão quanto à existência do devido processo legal, nele inseridos os princípios do contraditório e da ampla defesa, quando da aplicação da *disregard doctrine*.

Determina expressamente nos artigos 135 e 136 que, uma vez instaurado o incidente, aquele contra quem se requer a desconsideração será citado para apresentar sua manifestação e requerer as provas possíveis.

Deixa claro, assim, a existência de instrução processual prévia para posterior decisão interlocutória pelo Magistrado, em respeito aos princípios constitucionais (e processuais) do contraditório e da ampla defesa.

Conforme sustenta Antônio Pereira Gaio Júnior (2014, p. 77):

Traga-se aqui à luz as garantias do devido processo constitucional, com a correta citação daqueles, por ventura, apontados na peça requerente, não

somente porque estando pela primeira vez a participar do feito, farão jus à aludida comunicação processual, inclusive, na forma processual – já que figurarão agora no processo, inegavelmente, como parte, pois que algo se pede em face deles – como também, e aí na forma constitucionalmente “sagrada”, exercem o pleno e efetivo contraditório acerca das afirmações a qualquer deles dirigidas, tendo como natural garantia, notadamente, o direito requererem as provas que julgarem cabíveis, tudo no lapso temporal comum de 15 dias [...].

Assim, à luz de nossa Constituição Federal a desconsideração não poderia ser aplicada sem que precedida do devido – e amplo – processo legal, a contrário do que muito se faz nos dias atuais. Por equivaler à decisão que acrescenta ao polo passivo, inserindo terceiro como réu, não poderia o juiz fazê-lo sem permitir que este se manifeste (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 252).

Neste momento, vem à baía um dos maiores problemas quanto à falta de previsão processual para aplicação da *disregard doctrine*, principalmente no Direito Processual do Trabalho: a incidência da desconsideração e de seus efeitos diante de mera inadimplência ou insolência da pessoa jurídica, conforme será aprofundado.

Neste sentido já lecionava Wilges Bruscato (2011, p. 217): “[...] para sua aplicação, não basta, por exemplo, a insolvência da sociedade, é necessário que tal fato tenha decorrido do mau uso da pessoa jurídica. É preciso cautela e critério na sua aplicação.”.

Também para Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 34): “não basta a impotência patrimonial da sociedade; reclama-se seja derivada de fraude. A desconsideração visa corrigir o mau uso da pessoa jurídica, não sua singela inadimplência.”.

Quanto ao ônus da prova, segue-se a regra geral de que, aquele que alega, deve provar; assim, aquele que requer a desconsideração por meio do incidente deve provar os motivos existentes para tanto. Ainda, as partes poderão utilizar-se de todos os meios de prova legalmente admitidos (MARINONI; ARENHART; MITIDEIRO, 2015a, p.107).

Conforme determina o artigo 136, “concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.”.

Segundo apontam Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello em

obra conjunta (2015, p. 255): “no entanto, trata-se de decisão que resolve o mérito do incidente: a desconsideração. Portanto, é equiparável a uma sentença, tendo, pois, o condão de transitar em julgado. Trata-se, também, de pronunciamento rescindível.”.

E ainda afirmam (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 255):

Está-se, aqui, diante de mais uma exceção criada pelo NCPC, quanto à regra geral sobre a irrecorribilidade das interlocutórias. É que, na verdade, esta interlocutória é a “sentença do incidente”. Tanto é assim que as demais interlocutórias proferidas no curso deste incidente não são objeto de recurso autônomo: serão impugnadas, se for o caso, no agravo de instrumento interponível da decisão “final” (de mérito) do incidente.

Por fim, o artigo 137 preceitua que “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”. Neste ponto, a comunicação do distribuidor sobre a instauração do incidente aqui referido determina o instante no qual cessa a boa-fé de terceiro.

Em suma, ao interpretar, mesmo que prematuramente, os artigos do Novo Código de Processo Civil, e sem pretender esgotar outras linhas futuras, é possível concluir que o legislador optou pela aplicação da teoria da desconsideração somente nos casos de comprovação, mediante dilação probatória, dos pressupostos inerentes à teoria da desconsideração da personalidade jurídica e diante da inexistência de outros métodos legais que possibilitem o resultado necessário.

6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diante da autonomia conferida à pessoa jurídica, a atividade jurídica é exercida diretamente pelo ente personalizado, que deve conduzir-se, a todo momento, pelas normas do ordenamento jurídico, sob pena de aplicação da teoria da *disregard doctrine*, meio idôneo destinado à reprimir os desvios praticados, protegendo terceiros atingidos.

Sabendo-se que a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é definida pela limitação da responsabilidade de seus sócios, pela inexistência de forma específica de responsabilização do sócio e pelas normas, processuais e materiais, existentes na legislação.

A separação do ente jurídico em relação às pessoas físicas que o compõem não é questionada, mas afastada quando da existência de abuso desta personalidade própria, quando presente o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Como dito, materialmente, o presente estudo aprofundou-se na previsão civilista, demonstrando que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, passa a ser exigido pelo legislador a observância do contraditório e da ampla defesa para incidência prática da *disregard doctrine*, instruindo o incidente previamente ao pronunciamento judicial.

Diversos são os ramos jurídicos que sofrem incidência da teoria, alguns contam com previsão expressa, como no caso do Código de Defesa do Consumidor, enquanto outros carecem de previsão específica, como é o caso da Consolidação das Leis Trabalhistas, legislação central do Direito do Trabalho.

Todavia, esta ausência de regulamentação não impede, de imediato, a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às relações trabalhistas.

6.1 A aplicação Subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Trabalhista

O artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas determina que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito

processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”, no caso, o Título X, intitulado “*Do Processo Judiciário Trabalhista*”.

Conforme leciona Sérgio Pinto Martins (2008, p. 787): “subsidiário tem o sentido do que vem em reforço ou apoio de. É o que irá ajudar, que será aplicado em caráter supletivo ou complementar.”.

Neste sentido, é possível afirmar que o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente às relações trabalhistas, conforme lecionam Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Teresa Martins Romar (2010, p.239):

A aplicação da norma processual civil no processo do trabalho só é admissível se houve omissão da CLT. Ademais, ainda que assim ocorra, caso a caso é preciso verificar se a aplicação do dispositivo ao processo civil não gera incompatibilidade com os princípios e com as regras do processo do trabalho. Se assim ocorrer há de se proceder a aplicação do instituto do processo comum, adaptando-o à nossa realidade. Tal circunstância implica critérios nem sempre uniformes entre os vários juízos, ensejando discussões e divergências até certo ponto inevitáveis.

Vista como técnica de emprego de leis, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil permite a incidência, no âmbito trabalhista, de normas referentes ao direito processual comum, quando preenchidas as condições estabelecidas pelo artigo 769: a omissão da legislação trabalhista e a compatibilidade da norma processual civil à execução trabalhista, pouco disciplinada pela legislação trabalhista (NASCIMENTO, 2010, p. 109-110).

Logicamente, mesmo que haja compatibilidade da norma processual comum, não havendo omissão por parte da legislação trabalhista, não há que se falar em aplicação daquela (MARTINS, 2008, p. 788).

Ensina Mauro Schiavi (2014, p. 149-160) que existem duas correntes de interpretação do alcance do artigo 769 da CLT; a primeira restritiva e a segunda evolutiva.

Para a vertente restritiva, somente no caso de lacuna normativa, ou seja, omissão por parte da legislação processual trabalhista poder-se-ia falar em aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (SCHIAVI, 2014, p. 149).

Continua: “[...] sustenta a observância do princípio do devido processo legal, no sentido de não surpreender o jurisdicionado com outras regras processuais [...] o processo deve dar segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.” (SCHIAVI, 2014, p. 149).

Por outro lado, a vertente evolutiva defende a aplicação subsidiária nos casos de lacunas axiológicas e ontológicas da legislação trabalhista; baseia-se nos princípios da efetividade, do caráter instrumental do processo e da duração razoável do processo, entre outros (SCHIAVI, 2014, p. 150).

Por lacuna axiológica entenda-se “ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.” (DINIZ, 2011, p. 469). Já lacuna ontológica é aquela na qual existe uma norma, mas esta não corresponde à realidade social dos fatos (DINIZ, 2011, p. 469).

Este posicionamento é defendido por Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 101-102):

[...] urge repensar o próprio conceito de lacuna, de maneira a possibilitar a heterointegração dos subsistemas do direito processual civil e do direito processual do trabalho, o que pode ser implementado mediante transplante de normas daquele, sempre que isso implicar maior efetividade deste. A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração dos dois subsistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também, quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva desse processo especializado.

O autor sustenta a necessidade de uma nova hermenêutica em relação ao artigo 769 da CLT, desta forma, uma nova interpretação de seu conteúdo com base na observância dos princípios constitucionais (LEITE, 2011, p. 104).

Assim, quando as normas do processo civil implicarem “[...] em maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa.” (LEITE, 2011, p. 105).

Neste sentido tem-se o Enunciado n. 66 produzido na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2007, p. 12):

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo

a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

Não obstante, podemos apresentar Pedro Paulo Teixeira Manus (2007, p 44) como precursor da corrente restritiva:

O art. 769 da CLT dispõe que nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. Referida regra tem aplicação somente na fase de conhecimento ao colocar o CPC como fonte subsidiária primeira do processo do trabalho. Já na fase de execução no processo do trabalho, a regra da aplicação da lei subsidiária é aquela prescrita pelo art. 889 da CLT que afirma que aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública Federal. Desse modo, como sabemos, a lei estabelece a regra específica a se aplicar tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. E há em comum na aplicação de ambas as leis o requisito da omissão pela CLT, o que desde logo exclui aplicação de norma subsidiária quando aquela disciplinar a matéria. A regra estabelecida em ambos os artigos acima transcritos configura princípio típico do processo do trabalho, que garante o respeito ao devido processo legal, na medida em que o jurisdicionado tem a segurança de que não será surpreendido pela aplicação de norma diversa sempre que houver a solução no texto consolidado. É sob esta ótica que devemos examinar, a nosso ver, as modificações que se processam no Código de Processo.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 109-111), diante da constante influencia do Código de Processo Civil ao processo trabalhista, ocasionada pela insuficiente regulamentação celetista, pode-se falar no Princípio da Subsidiariedade.

No mesmo espírito, o parágrafo único do artigo 8º, também da CLT, determina: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”. O dispositivo ainda prevê como fontes para solução de lacunas legislativas: a jurisprudência, a analogia, equidade, princípios e normas gerais de direito.

Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Teresa Martins Romar afirmam o direito material comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho também nos casos de omissão e compatibilidade com os princípios trabalhistas, sustentando ainda que “havendo a incompatibilidade não se aplica a norma legal comum, solucionando-se o caso por uma das fontes materiais mencionadas pelo *caput* do art. 8º da CLT.” (2010, p. 80).

Assim, a consolidação das Leis Trabalhistas preceitua que o direito material comum, entenda-se, o Direito Civil ou Comercial, é subsidiariamente aplicável ao direito do trabalho quando compatível com seus princípios fundamentais (MARTINS, 2008, p. 35).

Temos então o direito material comum, composto pelas normas do Direito Civil e Comercial como “[...] fontes integrativas das lacunas do Direito do Trabalho [...]. o Direito Comum será uma fonte secundária, supletiva, na omissão da CLT.” (MARTINS, 2008, p. 35-36).

Desta forma, é possível defender a aplicação da teoria da desconsideração, norma de direito material prevista na legislação civilista, ao direito do trabalho. É justamente essa subsidiariedade, prevista na legislação celetista, quem permite a aplicação da teoria da *disregard doctrine* no ramo trabalhista.

Pode-se extrair tal conclusão também do afirmado por Marcel Lopes Machado, Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, em referência ao caráter social dos créditos trabalhistas, nos seguintes termos (2009, p. 01):

Os créditos do trabalho têm por destinação a manutenção das condições de subsistência do homem, logo, devem ser considerados créditos essenciais e sensíveis¹ às transformações sociais, econômicas/financeiras e políticas, o que justifica a finalidade social do Processo do Trabalho, sua principiologia e procedimentos distintos, bem como a constante busca de interpretação e aplicação das regras do ordenamento jurídico segundo os princípios da proteção, norma mais favorável e condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT.

Não se pode olvidar que a aplicação da *disregard doctrine* se mostra benéfica ao empregado/exequente, pois segundo Hermelino de Oliveira Santos (2003, p. 164):

A importância social do crédito trabalhista, decorrente de sua natureza alimentar, justifica a imperiosa necessidade de privilegiar sua execução pelo emprego de todos os de todos os meios processualmente lícitos e capazes de tornar efetiva e concreta a prestação jurisdicional, como uma responsabilidade indelegável do Poder Judiciário.

Acórdão proferido pelo relator Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho em resposta a Agravo de Petição interposto no Processo n. 00640-2009-011-10-00-5, julgado em 15/02/2012, pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª

Região (Brasília/DF), retrata a subsidiariedade do direito material civilista, com o seguinte teor:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA SOBRE BEM DO SÓCIO. A desconsideração da personalidade jurídica, "disregard of legal entity doctrine", oriunda do sistema de common law, consiste na constrição de bens particulares dos sócios da pessoa jurídica, sempre que frustrada a execução direta nos bens dessa. No ordenamento jurídico nacional vigente, encontra guarida nos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho. Agravo a que se nega provimento.

Processualmente, temos o artigo 889 da CLT, pelo qual: "aos trâmites e incidentes do processo da execução, são aplicáveis, naquilo que não contravierem o presente Título, os preceitos que regem o processo de executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública Federal."; o artigo também faz referência ao Título X – *"Do Processo Judiciário Trabalhista"*.

O legislador não apresentou na redação expressamente a aplicação subsidiária de outra norma, não obstante, é justamente isto que ocorrera nos casos de omissão (MARTINS, 2008, p. 950).

Conforme a determinação, a aplicação, no processo de execução trabalhista, da Lei n. 6.830/80 que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública e outras providências, "[...] prevalece sobre a determinação genérica de aplicação do CPC, nos casos omissos, constante do art. 769 da CLT." (MANUS; ROMAR, 2010, p. 277).

Desta forma, omissa a Consolidação das Leis Trabalhistas no que se refere à execução trabalhista, tratada no Título X, aplicar-se-á a regulamentação das execuções fiscais; se a própria lei mostrar-se omissa, é caso de incidência do Código de Processo Civil e até mesmo do Código de Processo Penal (MARTINS, 2008, p. 787).

Sérgio Pinto Martins faz uma ressalta, sustentando que o Código de Defesa do Consumidor em sua parte processual, a contrário do Código de Processo Civil, comum, é considerado direito processual especial, "[...] logo, não pode ser aplicado nas omissões da CLT. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao processo do trabalho, pois este trata de relação de consumo. A relação de emprego não envolve essa matéria." (2008, p. 788).

Em suma, como não há na Lei n. 6.830/80 qualquer regulamentação a respeito do procedimento de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, assim, prevalecerá, no âmbito trabalhista, a previsão procedimental do Novo Código de Processo Civil.

Neste sentido, podemos apresentar o Enunciado n. 124, produzido no V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), realizado dentro dos dias 01 e 03 em maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier Júnior e Rodrigo Mazzei.

Segundo o Enunciado n. 124: “a desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVIL, 2015, p. 25).

Também foram elaborados sobre o tema os enunciados 125 e 248, respectivamente: “há litisconsórcios passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo em curso.” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVIL, 2015, p. 25) e “quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa.” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVIL, 2015, p. 40).

Notável na doutrina trabalhista o posicionamento de alguns estudiosos em relação à previsão material da *disregard doctrine*. Para estes, a incidência da teoria na cetera trabalhista não ocorre com base na aplicação subsidiária do Código Civil, mas sim do Código de Defesa do Consumidor.

Para Renato Saraiva (2008, p. 596) a norma do Código de Defesa do Consumidor “[...] está em consonância com os princípios da celeridade, proteção ao trabalhador hipossuficiente, da efetividade da execução trabalhista e do princípio do crédito laboral, merecendo plena aplicação no processo do trabalho.”.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 1033) determina qual a legislação incidente no caso concreto com base da distinção entre relação de empregado e relação de trabalho, afirmando:

Parece-nos, contudo, que nas ações oriundas de relação de trabalho diversa da relação de emprego, o Juiz do Trabalho deverá ter redobrada cautela ao adotar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pois em tais ações o crédito objeto da obrigação contida no título executivo judicial, por não ter natureza trabalhista, no sentido estrito do termo, isto é, por não ser crédito empregatício, não autoriza a lição de que os sócios seriam ilimitadamente responsáveis. Nestes casos, parece-nos que a fonte subsidiária será o Código Civil e não o Código de Defesa do Consumidor.

Para esclarecer este posicionamento, pelos ensinamentos de Maurício Delgado Godinho (2007, p. 285-286) a diferença entre relação de emprego e relação de trabalho:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...] A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.

Todavia, o presente estudo não visa negar a possibilidade de aplicação subsidiária da teoria da desconsideração conforme prevista no CDC, até mesmo porque este assunto não é pacificado nem mesmo na doutrina e jurisprudência trabalhista. Como dito, o estudo limita-se à determinação do artigo 50 do Código Civil e seus pressupostos.

Entretanto, mesmo que a opção do legislador seja pela incidência do artigo 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), não se pode dispensar o tratamento processual previsto no Novo Código de Processo Civil, já que a legislação consumerista não prevê qualquer procedimento específico. Neste jaez, uma vez em vigor o novo dispositivo, o Direito Processual do Trabalho deverá aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica por meio de incidente, respeitando os primados constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, essencial é compreender que “[...] a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias.” (CARRION, 2011, p.769).

6.2 A Atual Forma de Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual do Trabalho

Como dito, o requerimento de aplicação da *disregard doctrine* pode ocorrer a qualquer momento.

Assim, não restam grandes dúvidas da possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento do processo trabalhista, “[...] na medida em que seu procedimento assegura amplo contraditório e cognição exauriente dos fatos. A garantia do devido processo legal é, pois, plenamente atendida” (SANTOS, 2003, p. 174).

A problemática reside na aplicação da teoria na execução trabalhista, pois na grande maioria das situações seu deferimento ocorre diante da simples inadimplência do executado, sem observância aos pressupostos necessários, demonstrando a adoção prática da teoria menor anteriormente abordada.

Para Hermelino de Oliveira Santos (2003, p. 210), “efetivamente, tem-se firmado o entendimento nos tribunais trabalhistas, de que a insuficiência de bens sociais justifica a responsabilidade patrimonial dos sócios.”.

Renato Saraiva (2008, p. 596), neste sentido, afirma que o Tribunal Superior do Trabalho tem aplicado a *disregard doctrine* de forma ampla, ou seja, em todos os casos onde a inadimplência por insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica fica evidente, independentemente da comprovação, ou não, da existência de abuso da personalidade jurídica.

Neste sentido: o julgado proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho em 27/03/2001 no processo n. 545.348/99.4, pelo Ministro Relator Ronaldo José Lopes Leal, tendo em vista Recurso de Revista em Ação Rescisória com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - SÓCIO COTISTA - TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA- ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA SOCIEDADE SEM QUITAÇÃO DO PASSIVO LABORAL - Em sede de Direito do Trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem - 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.

Ao encontro vem o acórdão proferido no processo nº TST-RR-777-13.2011.5.03.0059, em razão de Recurso de Revista, pelo Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga, em 28/08/2013:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS DA DEVEDORA PRINCIPAL. É o devedor principal o obrigado a responder pelo débito a que deu causa. Contra ele é dirigido o conjunto de atos necessários a reparar o inadimplemento da obrigação. O patrimônio do devedor responderá como a garantir o pagamento ao credor. Ao ser constatada a inexistência de bens que garantam a execução, em havendo co-obrigado, subsidiariamente, tendo ele participado da relação jurídico-processual, contra ele irá prosseguir. A ausência de bens desembaraçados do devedor principal demanda que se proceda à execução contra o devedor subsidiário. Não incumbe na execução, se busque excutir, em segundo lugar, os bens do sócios, para apenas após se executar o responsável subsidiariamente, eis que demandaria incidentes processuais na execução a alongar o adimplemento do título executivo judicial, inclusive na desconsideração da personalidade jurídica. Não cabe, na fase de cumprimento da sentença, admitir-se cognição incidental para verificar a existência de abuso ou fraude na pessoa jurídica, notadamente quando há, na relação processual devedor subsidiário que responde, desta forma, pelo cumprimento da obrigação. Basta, portanto, o exaurimento da busca de bens do devedor principal para que se adote o legítimo redirecionamento contra o responsável subsidiário. Incumbirá ao devedor subsidiário adotar as providências para buscar, em ação regressiva, a responsabilidade do sócio. Recurso de revista conhecido e desprovido.

Este também é o posicionamento majoritariamente adotado pelos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme consta na afirmação feita pelo Ministro Mário Sérgio Medeiros Pinheiro, em acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região: “a desconsideração da personalidade jurídica, na seara trabalhista, depende apenas da verificação da total inadimplência do devedor principal ou do esgotamento das tentativas de encontrar o primitivo devedor, isto é, a pessoa jurídica, caso dos autos” (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho, AP 00005568720115010058/RJ, 2013).

Dentre os diversos motivos que podem justificar essa tendência na ceara trabalhista é possível citar a aplicação da desconsideração em casos que, na verdade, seriam hipóteses de responsabilidade.

Para José Cairo Júnior (2011, p. 732) o motivo está na interpretação extensiva conferida pela jurisprudência trabalhista aos dispositivos que tratam da

desconsideração, “[...] relativizando a necessidade de atender aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica para determinar a penhora dos bens dos sócios.”.

Outro argumento é apresentado por Mauro Schiavi (2014, p.1000), para quem a justificativa encontra-se “[...] na hipossuficiência do trabalhador, da dificuldade que apresenta o reclamante em demonstrar a má-fé do reclamante em demonstrar a má-fé do administrador e do caráter alimentar do crédito trabalhista.”.

Fábio Ulhoa Coelho sustenta como incorreta a aplicação da teoria da penetração diante da mera inadimplência, chegando a nomeá-la como uma “distorção” e afirmando: “se a formulação correta da teoria pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a aplicação incorreta deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico.” (2012, v. 2, p. 69).

Segundo Wilges Bruscato (2011, p. 2018): “a Justiça do Trabalho, na prática, ignora a personalidade jurídica e não reconhece a separação patrimonial e a limitação da responsabilidade.”, afirmando ainda (BRUSCATO, 2011, p. 221):

Esse posicionamento equivale à adoção da teoria negativista da personalidade jurídica, ou seja, não haveria um ente, sujeito de direito, mas sim uma coletividade de pessoas naturais, que têm a tendência natural de associar-se, possuidoras de um patrimônio comum, objeto de direito. Assim, a parte ideal de cada pessoa natural no patrimônio coletivo integraria o seu patrimônio pessoal, sem possibilidade de separação. As teorias negativistas da personalidade estão superadas, senão no mundo todo, em grande parte dele, pois não há mais como negar a existência formal e real da pessoa jurídica.

Inclusive, dentro da própria doutrina trabalhista encontramos aqueles que, em consonância com o ideal da teoria e, diferentemente da situação prática, defendem a necessidade de respeito ao primado constitucional do devido processo legal.

Podemos destacar Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 797-798) para quem:

Procedente é a crítica da violação do devido processo legal quando a execução [...] é voltada contra as pessoas que não participaram da não e não tiveram a oportunidade de se defender no processo, e, não obstante, são executadas para responder por dívida que não é originariamente sua. Melhor seria reformar a lei para disciplinar as execuções contra quem não participou da ação em processos nos quais pode o devedor originário ter se descuidado ou se desinteressado, confiante que, não tendo bens, terceiros irão pagar sua dívida. [...] A execução contra terceiro que não figure o título executório nem tenha participado da fase de conhecimento não deve contra

ele voltar-se, nem seus bens penhorados antes de ser ouvido, porque nesse caso foi violado um princípio processual, o direito ao contraditório.

Magistralmente, Hermelino de Oliveira Santos (2003, p. 210) afirma: “[...] não se pode desconhecer as críticas de que a Justiça do Trabalho tem desvirtuado o uso da doutrina da desconsideração, uma vez que o principal *critério* para sua aplicação tem sido realmente a insuficiência de bens sociais.”.

Ao tratar do Novo Código de Processo Civil, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2012, p. 657) defende que mesmo no processo do trabalho devem ser respeitados, quando da incidência prática da teoria da *disregard doctrine*, o contraditório e a ampla defesa.

Realmente, equivocada é a postura trabalhista, isto pois a grande finalidade da *disregard doctrine* é justamente preservar o instituto da personalidade jurídica, afastando-a momentaneamente no caso de comprovação da ocorrência de abuso da personalidade jurídica. (BRUSCATO, 2011, p. 218).

Wilges Bruscatto fala em uma necessária adaptação, por parte do Direito Processual do Trabalho, ao regramento previsto para a teoria, assim “[...] todos os requisitos para aplicar a desconsideração, segundo o que prescreve o art. 50 do Código Civil devem estar presentes para autorizar a entrada no patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.” (2011, p. 221), indo além, diante do novo regramento processual, essa adaptação deve estender-se ao procedimento adotado quando da incidência da teoria.

Em suma, a ignorância da personalidade jurídica pela jurisprudência trabalhista acaba por desestimular o investimento à economia do país, que em última instância deixa de desenvolver-se, prejudicando a todos (BRUSCATO, 2011, p. 223-224).

6.3 O Direito Processual Trabalhista e o Novo Código de Processo Civil

Não há como negar que no Direito Processual do Trabalho a teoria da desconsideração encontrou um fértil campo de desenvolvimento e aplicação, como já dito, justificado pela natureza alimentar e importância social do crédito trabalhista, fatores que levam à adoção de todos os meios processualmente legítimos que possam efetivar a prestação jurisdicional (SANTOS, 2003, p. 164).

O Direito do Trabalho direciona-se à proteção do trabalhador, a fim de equilibrar as forças entre este e aqueles que determinam sua atividade; o ordenamento jurídico busca tal equilíbrio através de direitos que são conferidos ao trabalhador.

Dentre os direitos básicos previstos pela legislação brasileira temos “[...] diversos dispositivos legais a conferirem ao crédito trabalhista posição hierárquica e privilégios superiores a quaisquer outros, diante de sua natureza nitidamente alimentar.” (SANTOS, 2003, p. 165).

Dentre tais dispositivos podemos citar a Lei de Falências (Lei n. 11.101/05), que em seu artigo 83, inciso I, caracteriza o crédito trabalhista como privilegiado, precedendo a todos os demais créditos.

Tem-se ainda o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), cujo artigo 186 determina: “o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho”.

A própria legislação civilista, especificamente o artigo 449, preceitua neste sentido: “os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.”.

Entretanto, principalmente em razão da grande diversidade de situações fáticas que podem ocorrer no andar do processo, carece o Direito Processual do Trabalho de uma sistematização da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, asseverando segurança ao procedimento ao mesmo tempo em que concede certa liberdade ao magistrado (SANTOS, 2003, p. 164).

É justamente neste cenário que vem a regulamentação do Novo Código de Processo Civil, novamente, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Hermelino de Oliveira Santos (2003, p. 184) afirma que: “[...] havendo previsão legal a determinado e específico procedimento processual, configura-se um direito essa adequação da forma [...]”.

Prossegue o raciocínio afirmando: “[...] se o legislador disciplinou formas diversas ao processo, ele o fez em razão das peculiaridades e especificidades de cada caso.” (SANTOS, 2003, p. 184).

Enquanto espécie de participação em processo, por intervenção de terceiros entenda-se o ingresso na relação processual de pessoa que até então não seja parte no processo, em razão de interesse jurídico próprio para com o objeto da causa. Diante da economia processual e da possibilidade deste terceiro vir a sofrer algum efeito indireto fruto da relação da qual não faz parte, justifica-se sua intervenção no processo (SCHIAVI, 2014, p. 394-395).

Para Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 529): “dá-se a intervenção de terceiro quando alguém passa a integrar o processo por ter um interesse jurídico ou moral vinculado com aquele postulado no processo trabalhista.”.

Continua: “desde que o direito de alguém possa ser afetado pela sentença, cabe a sua inserção no processo, nele passando a atuar, como se parte fosse. Assim, o terceiro pode requerer, produzir provas, alegar, recorrer, etc.” (NASCIMENTO, 2010, p. 529).

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/04 a jurisprudência trabalhista havia pacificado o entendimento no sentido de não cabimento, em regra, da intervenção de terceiros ao processo trabalhista (SCHIAVI, 2014, p. 397).

Mauro Schiavi apresenta os argumentos contrários a tal instituto, até então apontados pela doutrina e jurisprudência trabalhista (2014, p. 398):

a) a Justiça do Trabalho não tinha competência para resolver controvérsias entre terceiros, estranhos às controvérsias entre empregados e empregadores; b) incompatibilidade da intervenção de terceiros com os princípios do processo do trabalho, máxime dos princípios da celeridade, simplicidade e oralidade; c) criação de complicadores no procedimento que impeça que o processo tenha uma tramitação ágil e perca o seu foco central, que é assegurar a efetividade do crédito trabalhista; d) obrigar o reclamante a litigar contra quem não pretende.

Amauri Mascaro Nascimento, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45/04 já defendia a aplicação do instituto afirmando (2010, p. 530):

É cabível na Justiça do Trabalho a intervenção de terceiros em face do princípio da subsidiariedade, uma vez que, sendo o direito processual comum fonte subsidiária do processo do trabalho (CLT, art. 769) e diante da omissão e inexistência de incompatibilidade, segue-se que rejeitá-la implicaria descumprir a lei. [...] Acrescentem-se a funcionalidade do processo e o princípio da econômica processual, recomendando a utilização no processo do maior número possível dos conflitos que surgirem para evitar a inútil reprodução de feitos. O fracionamento das ações para que viessem a ser resolvidas em processos e perante justiças diferentes desatenderia a esses princípios e eternizaria as demandas, subordinando o

exercício da jurisdição trabalhista à comum enquanto esta não viesse a decidir a questão entre terceiro e parte.

Diante desta perspectiva, como argumentos favoráveis à intervenção de terceiro na ceara trabalhista podemos citar (SCHIAVI, 2014, p. 398):

a) compatibilidade do instituto com o procedimento trabalhista; b) omissão da CLT, podendo ser aplicado o instituto processual por força do art. 769 da CLT; c) competência da Justiça do Trabalho para apreciar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (parte final do art. 114, da CF, com a redação anterior à EC n. 45/04); d) economia processual; e) maior efetividade do processo e pacificação dos conflitos que circundam a relação de trabalho; f) possibilidade de decisões conflitantes entre a Justiça do Trabalho e a Justiça comum sobre a mesma controvérsia; g) razões de equidade e justiça.

Diante da Emenda Constitucional n. 45/04 grande parte da doutrina vem admitindo a aplicação do instituto, já que a competência da justiça trabalhista não se limita mais às controvérsias entre empregados e empregadores; não obstante, alguns continuam defendendo “[...] que nada foi alterado e que, somente mediante lei específica, a intervenção de terceiros pode ser admitida no Processo do Trabalho (art. 114, IX, da CF).” (SCHIAVI, 2014, p. 399).

Na prática a jurisprudência trabalhista tem admitido a intervenção de terceiros, principalmente para o fim de fixação de responsabilidade ao terceiro interventor a fim de “[...] assegurar a garantia de solvabilidade do crédito trabalhista e maior efetividade da jurisdição trabalhista.” (SCHIAVI, 2014, p. 399).

Ao encontro a este pensamento tem-se o Enunciado n. 68 produzido na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2007, p. 13):

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. I – Admissibilidade da intervenção de terceiros nos Processos submetidos à jurisdição da Justiça do Trabalho. II – Nos processos que envolvem crédito de natureza privilegiada, a compatibilidade da intervenção de terceiros está subordinada ao interesse do autor, delimitado pela utilidade do provimento final. III – Admitida a denunciação da lide, é possível à decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como corresponsável.

Em todo caso, enquanto direito processual, ao juiz do trabalho caberá zelar pela efetividade e celeridade do procedimento concreto, “[...] avaliar o custo-benefício da intervenção de terceiros e indeferi-la quando não traga benefícios aos

litigantes, não iniba o direito de regresso e gere complicadores desnecessários ao rápido andamento do processo.” (SCHIAVI, 2014, p. 399).

Assim, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, a adequação do instituto da intervenção de terceiros com o mesmo processo e a garantia constitucional do devido processo legal, incluindo-se o contraditório e a ampla defesa, justificam a necessidade de observância, no caso concreto, dos requisitos necessários à correta aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme ensina Hermelino de Oliveira Santos (2003, p. 185):

[...] por conta da aplicação da doutrina da desconsideração e do privilégio do credor no processo de execução, principalmente o credor trabalhista, pode ocorrer descuido em relação a ela. Nem a supremacia dos exequentes, em sentido geral, em o privilégio, ainda maior, do exequente trabalhista justificam a não-observância da garantia do devido processo legal quando da aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica.

Conforme defende Marlon Tomazette (2012, v. 1, p. 267), as garantias constitucionais do devido processo legal, nele inserido o contraditório e a ampla defesa, “[...] podem ser perfeitamente obedecidas no deferimento da desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo de execução ou no cumprimento de sentença.”.

Em todo caso, é importante que o Juiz utilize a disregard de maneira fundamentada e cautelosa a fim de que não ocorra lesão aos direitos da própria pessoa física, no caso, o empregado/trabalhador.

Não se nega no presente trabalho a necessidade de adaptação prática do direito processual comum, principalmente do Novo Código de Processo Civil, às particularidades do processo trabalhistas. Entretanto, a essência do procedimento previsto pela iminente norma processual deve ser preservado, principalmente em relação ao contraditório e à ampla defesa.

Tais garantias, antes mesmos de pertencentes à norma infraconstitucional, são previsões constitucionais, aplicáveis a todo o ordenamento.

7 CONCLUSÃO

Compreendendo que as figuras da pessoa jurídica e das pessoas naturais que a formam se complementam na medida em que o ser humano (sociável e limitado em sua natureza), une-se a outros na busca de fins que, de forma isolada não atingiria, é possível deduzir o tratamento autônomo conferido à pessoa jurídica pelo ordenamento jurídico, cuja observância se faz fundamental ao desenvolvimento econômico.

Reconhecida em nosso ordenamento como realidade técnica, à pessoa jurídica – enquanto instituto – é concedida personalidade jurídica autônoma, e com isso passa a ser titular de direitos e obrigações, possuindo nome, domicílio, titularidade obrigacional e processual, bem como patrimônio próprio.

Nas sociedades empresárias, pessoas jurídicas de direito privado destinadas ao exercício de típica atividade empresária, é a espécie de responsabilidade dos sócios que determinará a possibilidade de incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, isto quando for limitada e não for o caso de incidência de previsão legal específica de responsabilidade dos sócios.

Assim, o que permite a incidência da *disregard doctrine* é a limitação da responsabilidade societária, e não o tipo societário adotado.

Sabendo-se que as hipóteses de responsabilidade são aquelas previstas em lei, e que tal instituto difere-se da teoria da *disregard doctrine*, a incidência desta abarca somente as hipóteses de ausência de estipulação legal específica para o caso.

Assim, não sendo caso de imputação direta de responsabilidade, em relação aos pressupostos previstos no artigo 50 do Código Civil de 2002, diante de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pela confusão patrimonial e pelo desvio de finalidade (subdividido em fraude e abuso de direito) é possível a incidência da teoria da desconsideração.

A fim de preservar a natureza da teoria e diante da afirmação anterior, é possível defender que convergem as estipulações doutrinárias da “teoria maior” e da “teoria menor” em relação aos pressupostos necessários.

Como visto, a *disregard doctrine* não procura por fim à personalidade autônoma conferida pelo Estado, mas sim afastá-la diante do caso concreto, após a comprovação de seus pressupostos, evitando que atos indevidamente praticados

não sejam corrigidos em razão da existência independente da pessoa jurídica; preserva o instituto, e mantém a regra da separação patrimonial, inibindo novas práticas de desvio da personalidade.

Em nosso ordenamento a evolução da teoria ocorreu paulatinamente. É de conhecimento que a evolução social é muito mais rápida que a evolução do ordenamento jurídico, assim, inicialmente a abordagem da teoria limitava-se à jurisprudência e posteriormente à doutrina, carecendo de estipulação própria até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor de 1990, primeiro dispositivo a prevê-la de forma expressa.

Processualmente, a regulamentação própria para aplicação da *disregard doctrine* esta prevista Novo Código de Processo Civil, inovador neste sentido, pois até que o dispositivo entre em vigor não há no ordenamento jurídico previsão específica para o assunto, o que gera as diversas discussões apresentadas.

Na nova disciplina o legislador optou pela forma mais economia, determinando a aplicação da desconsideração através de incidente processual (artigo 133).

Entretanto, em todo e qualquer caso, para aplicação concreta da *disregard doctrine*, o magistrado deve garantir que estejam preenchidos os pressupostos legais determinados pelo direito material (artigo 133, §1º e artigo 134, §4º).

Além disso, é fundamental que se respeite efetivamente o princípio do devido processo legal, gênero do qual são espécies os princípios do contraditório e da ampla defesa, por meio da dilação probatória adequada (artigos 135 e 136).

O legislador processualista, conforme é possível extrair do teor dos artigos referentes ao incidente adotou a teoria maior, garantindo um processo democrático e consoante com a Constituição Federal de 1988.

Note-se, entretanto, que a previsão de um procedimento específico não resolverá as diversas controvérsias doutrinárias existentes (apesar de atenuar algumas); mas ao contrário, trará novas discussões e novos posicionamentos. Apesar disto, direcionará a atuação do magistrado no caso concreto conforme os preceitos constitucionais, preservando a natureza e os objetivos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O devido processo legal garante o caráter democrático do processo, servindo como instrumento para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Tratando-se de princípio geral, engloba outros como espécie, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.

Tais princípios expressam garantias constitucionais a serem respeitadas não somente pelo aplicador do direito, mas todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Sua observância não pode ser apenas formal, mas efetiva, garantindo-se a efetividade processual e evitando o cerceamento de defesa.

Assim, no Direito Processual do Trabalho, onde o Código Civil e o Código de Processo Civil são subsidiariamente aplicáveis, os mesmos pressupostos e garantias devem ser observados. O caráter alimentar e privilegiado conferido ao crédito alimentar pelo ordenamento jurídico não o exime de respeitar primados maiores.

Diante disto, o atual pressuposto de aplicação da teoria aceita pela jurisprudência trabalhista – a mera inadimplência – fere não somente os princípios da *disregard doctrine*, mas na prática assemelha-se às teorias negativistas da pessoa jurídica, negando sua existência autônoma. Assim, mesmo respeitando-se o livre convencimento do magistrado, é evidente uma necessária adequação, processual e material, do Direito Processual do Trabalho ao real intuito da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Nicole Vieira de. As teorias e os pressupostos de aplicação da descon sideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XI, n. 50, fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4362&revista_caderno=7>. Acesso em 17 abr. 2015.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5. ed., rev., e atual. São Paulo: RT, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Bahia: JusPODIVM, 2008.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 11 abr. de 2015.

_____. Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. de 2015.

_____. Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 jul. de 2015.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 ago. de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado: 1988

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 abr. de 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105>. Acesso em: 09 abr. de 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Recurso Especial** n.º 279.273/SP, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 04/12/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp-2000-0097184-7/inteiro-teor-13045981>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário** n.º 545.348/99.4, Relator: Ministro Ronaldo José Lopes Leal. Julgamento em 14/05/2001. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1345587/recurso-ordinario-em-acao-rescisoria-roar-5453483419995035555-545348-3419995035555>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** n.º 777-13.2011.5.03.0059, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Julgamento em 28/08/2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24125408/recurso-de-revista-rr-7771320115030059-777-1320115030059-tst/inteiro-teor-1118717>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 3. **Agravo de Petição** n.º 00640200901110005. Relator: Ministro Grijalbo Fernandes Coutinho. Julgamento em 15/02/2012. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24360013/agravo-de-peticao-ap-640200901110005-df-00640-2009-011-10-00-5-ap-trt-10/inteiro-teor-24360014>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 1. **Agravo de Petição** n.º 00005568720115010058. Relator: Ministro Mario Sergio Medeiros Pinheiro. Julgamento em 26/11/2013. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114954999/agravo-de-peticao-ap-5568720115010058-rj>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUSCATO, Wilges; RODRIGUES JÚNIOR, Leandro Modesto. A limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica após o novo código civil. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2769&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso 17 abr. 2015.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**. 5. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org). **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey, 2014.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4 ed. , rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2011.

CARDOSO, Ationel Luiz. **Das Pessoas Jurídicas e Seus Aspectos Legais**. São Paulo: AEA, 1999.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Atualizado por Eduardo Carrion. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. **Desconsideração da personalidade jurídica**. 2006. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. (548 p.).

_____. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. (550 p.).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito**. 22. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (622 p.).r

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente Processual: questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo: RT, 1991.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **V Encontro do Fórum Permanente De Processualistas Civis**. – Vitória, 2015. 86 p. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Marcyo Keveny de Lima. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua aplicação à Empresa Individual De Responsabilidade Limitada – EIRELI. **JurisWay**. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12930> Acesso em: 20 abr. 2015.

GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (560 p.).

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KUMPEL, Vitor Frederico. O registro das pessoas jurídicas. **Migalhas**. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI188342,41046O+registro+das+pessoas+juridicas>> Acesso em: 20 abr. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. 8. ed. , rev., e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1. (627 p.).

MACHADO, Marcel Lopes. A natureza social dos créditos do trabalho e a incidência do IRRF nas execuções trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 55-60, dez. 2009. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/marcel_lopes_machado.pdf> Acesso em: 17 abr. 2015.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A execução no processo do trabalho, o devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do Código de Processo Civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Rio Grande do Sul, v. 73. n. 1, p. 44-50, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ae9ead80-d7c7-4459-a232-9dc4c80509f1>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____; ROMAR, Carla Teresa Martins. **CLT e legislação complementar em vigor**. 8. ed. , rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; et. al. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Novo Curso de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Pondes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Tomo I: arts. 1º ao 45. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. (393 p.).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUÍNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. 9. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários. 5. ed. , rev., atual., e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. (594 p.).

PINTO, Eduardo Viana. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: O Novo Regime Jurídico-Empresarial Brasileiro. 3. ed., rev., ampl., e atual. Bahia: JusPODIVM., 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos de Direito Comercial**: estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. v. 1. (410 p.).

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 4. ed., rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 34. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. (354 p.).

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis Trabalhistas**: comentada. Atualizada por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad C. Branco. 44. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Método, 2008.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**: Aspectos Processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica**: Aspectos Processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Breve Histórico da Tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil. **O Novo CPC**, 2015. Disponível em: <<http://italic.com.br/projeto/cpc/breve-historico-da-tramitacao-do-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Cumprimento da Sentença**: e a Garantia do Devido Processo Legal. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1. (677 p.).

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **1ª Jornada. De Direito Material e Processual do Trabalho** – Brasília, 2007. 16 p. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. (636 p.).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.