

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RODRIGO YOO SUN KIM

**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

SÃO PAULO

2014

RODRIGO YOO SUN KIM

**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, exigida como requisito à conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Leonel Maschietto

SÃO PAULO

2014

RESUMO

A pessoa jurídica é instituto jurídico basilar que se sedimentou por meio de amplo debate doutrinário, pelo confronto de diversas correntes teóricas, cujas postulações atentavam-se às demandas da sociedade ao longo da história.

A fim de coibir o mau uso da pessoa jurídica, mais especificamente, seu direito de personalidade e consequente autonomia patrimonial, foi desenvolvida pela doutrina estrangeira a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, com base, originalmente, na jurisprudência estadunidense e alemã.

A despeito da intensa construção teórica que se concretizou em torno da desconsideração, aproximando-a da Teoria do Abuso de Direito, é certo que o expediente, relativamente novo se comparado a outros institutos jurídicos, sujeita-se, ainda, a aperfeiçoamentos, em resposta, inclusive, à atual necessidade social de dar efetividade à tutela jurisdicional.

Além de preservar o instituto da pessoa jurídica, a técnica da desconsideração possui grande proveito em garantir o adimplemento das obrigações da pessoa jurídica, inclusive como empregadora, ao viabilizar a penetração da responsabilidade do ente moral no patrimônio dos sócios. Tal aspecto é de relevante utilidade à Justiça do Trabalho, por permitir a maior solvabilidade ao crédito trabalhista.

Apesar do inegável proveito da desconsideração à Justiça do Trabalho, a legislação trabalhista carece de dispositivo que adeque o instituto ao âmbito laboral. Faz-se, assim, necessária a aplicação subsidiária de diplomas atinentes a outros ramos do Direito.

Porém, a identificação do adequado fundamento legal à desconsideração na seara trabalhista exige não apenas a análise crítica da compatibilidade ontológica do dispositivo com os princípios justrabalhistas, como, também, requer adicional cautela, considerando-se a má técnica do Legislador ao confundir, nos dispositivos que tratam da desconsideração, aspectos pertencentes a outras teorias de responsabilização.

Nesse quadro, entende-se que o correto fundamento legal da aplicação da superação, nas relações de emprego, é o artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que preconiza hipótese arrojada ao expediente, em paralelo

ao artigo 50, do Código Civil, de impecável rigor técnico, que se entende aplicável às demais relações de trabalho.

PALAVRAS CHAVE: desconsideração, personalidade jurídica, pessoa jurídica, responsabilidade, empregador

SUMÁRIO

Resumo.....	4
Introdução	8
1. Pessoa e Personalidade Jurídica	9
1.1. Da Natureza Jurídica da Pessoa Jurídica	9
1.1.1. A Teoria da Ficção de Savigny	10
1.1.2. A Teoria Realista de Gierke e a Teoria Orgânica	11
1.1.3. A Teoria da Realidade Técnica de Michoud	12
1.1.4. A Teoria da Destinação das Normas Jurídicas de Ascarelli	13
1.1.5. A Teoria Institucionalista de Hauriou	14
1.1.6. A Crítica à Diversidade de Teorias	15
1.2. Do Conceito da Pessoa Jurídica	18
1.3. Do Princípio da Autonomia Patrimonial.....	19
1.4. Da Origem da Pessoa e da Personalidade Jurídica.....	23
1.5. Da Classificação da Pessoa Jurídica	25
1.5.1. A Classificação e a Teoria da Desconsideração.....	26
1.6. Dos Entes Jurídicos Despersonalizados	29
2. Empregador	32
2.1. Da Subjetivação da Empresa.....	32
2.1.1. A Definição Legal de Empregador. Crítica e Funcionalidade.....	33
2.1.2. O Empregador por Equiparação	39
2.2. Da Despersonalização do Empregador.....	40
2.2.1. A Definição Doutrinária de Empregador	42
2.3. Da Despersonalização do Empregador.....	43
2.3.1. O Fenômeno da Despersonalização do Empregador e a Teoria da Desconsideração	44
2.4. Da Relação entre os Fenômenos da Subjetivação, Despersonalização, Despersonalização e a Desconsideração da Personalidade Jurídica	47
3. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	50
3.1. Da Origem Histórica da Teoria.....	50
3.1.1. O Caso Bank of United States <i>versus</i> Deveaux	50
3.1.2. O Caso Solomon <i>versus</i> Solomon & Co. Ltd.	51
3.2. Do Desenvolvimento da Teoria	53
3.2.1. A Contribuição de Rolf Serick.....	54

3.2.2. A Contribuição de Wolfram Müller-Freienfels	64
3.2.3. A Contribuição de Rudolf Reinhardt	67
3.2.4. A Contribuição de Peter Erlinghagen.....	71
3.2.5. A Contribuição de Piero Verrucoli.....	74
3.2.6. A Contribuição de Rubens Requião.....	76
3.2.7. A Contribuição de Fábio Konder Comparato	77
3.2.8. A Contribuição de Fábio Ulhoa Coelho.....	83
3.2.9. As Considerações sobre a Diversidade de Teorias da Desconsideração da Pessoa Jurídica ao longo da História	87
3.2.10. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica entre outros Institutos Jurídicos de Responsabilização... ..	93
3.3. Da Aplicação da Teoria da Desconsideração no Direito do Trabalho	101
3.3.1. O Decreto-lei nº 5.452, de 1º de março de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho.....	101
3.3.2. O Artigo 4º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais	103
3.3.3. O Artigo 27, da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, a Lei Pelé.....	104
3.3.4. O Artigo 34, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a Lei de Defesa da Concorrência.....	105
3.3.5. O Artigo 50, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil.....	106
3.3.6. O Artigo 28, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor	107
3.3.7. O § 5º, do Artigo 28, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor	110
3.3.8. O Fundamento Legal da Desconsideração no Direito do Trabalho. Afinidade entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor	113
3.4. Dos Aspectos Processuais da Desconsideração no Direito do Trabalho	120
Conclusão	125
Referências.....	128

INTRODUÇÃO

Com a instituição da pessoa jurídica e o reconhecimento da autonomia de sua personalidade em relação à de seus sócios e gestores, deu-se vez, inevitavelmente, ao mau uso do instituto. Com vista a coibir tais práticas, os tribunais, equitativamente, iniciaram a desconsiderar, superar ou penetrar na referida personalidade jurídica, estendendo obrigações do ente moral às pessoas naturais que sob ele se encontravam.

Em observância a tais julgados, foi convenientemente sistematizada pela doutrina a denominada Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a qual, após delineada, foi explicitamente positivada em diversos ordenamentos, inclusive o nacional.

Ante a utilidade da referida teoria como técnica de garantir o adimplemento de obrigações, o expediente gozou de ampla aceitação na Justiça Trabalhista, revelando-se como relevante instrumento à efetividade da jurisdição e à proteção do credor obreiro.

Contudo, urge destacar a importância da exata compreensão da Teoria da Desconsideração, a fim de se viabilizar uma necessária distinção com os demais institutos jurídicos existentes de responsabilização e, principalmente, uma correta aplicação da superação, alinhada com a preservação da pessoa jurídica, e não com a sua derrogação.

Tal importância tem relevo, principalmente, quando a teoria encontra precário fundamento em leis imprecisas e eivadas de equívocos como ocorre no contexto nacional. Nesse quadro, faz-se necessário, inclusive, discernimento quanto ao adequado fundamento legal à aplicação da superação em seara laboral.

Isso posto, objetiva o presente estudo, em um primeiro momento, analisar o próprio instituto da pessoa jurídica; em seguida, e principalmente, analisar o desenvolvimento teórico da desconsideração da personalidade jurídica, explicitando sua gênese e seu aprimoramento através das contribuições de variados autores, estrangeiros e nacionais, a fim de propiciar uma melhor compreensão do instituto, e, finalmente, delinear a adequação da teoria ao Direito do Trabalho, em sensibilidade às suas peculiaridades principiológicas.

1. PESSOA E PERSONALIDADE JURÍDICA

Precedendo à exposição da Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica, cumpre tratar dos aspectos tangentes à sua consideração, em outras palavras, sua origem. Nessa abordagem, convém o tratamento dos tópicos da natureza da pessoa jurídica, bem como de seu conceito, a fim de melhor explicitar a essência do instituto.

A seguir, faz-se também conveniente a discussão acerca do evento da aquisição da personalidade do ente jurídico, bem como de seu principal efeito, na perspectiva da Teoria da Desconsideração, a saber, o Princípio da Autonomia Patrimonial. Em seguida, são destacadas as espécies de pessoa jurídica que usufruem dessa autonomia em relação aos seus membros, bem como a coexistência da pessoa jurídica com entes despersonalizados. Esses mencionados tópicos serão tratados nessa primeira parcela do estudo.

1.1. Da Natureza Jurídica da Pessoa Jurídica

O tema da natureza da pessoa jurídica foi objeto de diversas teorias que se propuseram a explaná-la, cada qual oferecendo sua contribuição para uma melhor compreensão do instituto. Em que pese a crítica direcionada a tantas postulações, as diversas doutrinas da desconsideração da pessoa jurídica e de sua personalidade são muitas vezes calcadas em determinada concepção da natureza jurídica, como será posteriormente explicitado. Tal relação faz conveniente, assim, a exploração da natureza da pessoa jurídica.

Destarte, consideradas as diversas doutrinas da desconsideração abordadas no presente estudo, destacam-se como fundamento às elaborações dos doutrinadores a Teoria da Ficção, da Realidade Orgânica, da Realidade Técnica, Institucionalista e a da Destinação das Normas Jurídicas, a seguir, tratadas.

1.1.1. A Teoria da Ficção de Savigny

A Teoria Ficcionalista de Savigny foi elaborada no século XIX, em um contexto em que a economia rural buscava se libertar dos últimos resquícios dos privilégios feudais alemães, com o declínio das derradeiras corporações de artes e ofícios, as quais cediam lugar à nova e livre iniciativa empresarial. Nessa conjuntura, “os antigos ‘corpos’ públicos não se podiam considerar entidades naturais, mas artifícios absolutistas”¹. Ademais, o espaço social em que se situava o autor era o de uma Alemanha pré-industrial, que ainda padecia da inexistência de um robusto mercado nacional e de um sistema bancário que viabilizasse a oferta de crédito, imprescindível ao surgimento das pequenas empresas.

Tornava-se, assim, necessária a criação de instrumentos jurídicos que permitissem um agrupamento de recursos, sem, contudo, prejudicar a capacidade de solvência desses novos empreendimentos. “Daí a preocupação em facilitar a criação de novos centros de imputação de direitos e de deveres e a preocupação em negar a possibilidade de separação patrimonial livre”², a fim de, conservando ainda um vínculo patrimonial da empresa com seus sócios, garantir a satisfação das obrigações contraídas pelo negócio.

Nessa conjuntura, tornou-se conveniente a imputação da personalidade a essas novas células econômicas, como sujeitos de direitos e deveres, e com relativa capacidade patrimonial, sem, porém, reconhecer a total separação de tais entes com o patrimônio dos sócios. Assim, mediante uma *ficção jurídica*, foi reconhecida a personalidade da pessoa jurídica, como centro de direitos e deveres, porém, tolhida de uma total independência patrimonial em relação a seus sócios.

Nota-se, nesse contexto, que a pessoa jurídica foi criada como “mera criação legal, cuja existência só encontra explicação como ficção da lei, ou da

¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 342.

² *Ibidem*, p. 329.

doutrina”³, ou ainda, seu sentido é explicável “menos à luz de rígidas posturas dogmáticas, e mais em função das condições econômicas vigentes à época”.

Perante tal panorama socioeconômico, consolidou-se a Teoria da Ficção na tese de que “só os homens podem ser verdadeiros titulares dos direitos, porque somente os homens têm existência real, física e psíquica”⁴, de modo que o reconhecimento da personalidade da pessoa jurídica é uma mera criação da mente humana, uma ficção jurídica, derivada da liberdade do Legislador em conceder, limitar ou ainda negar a capacidade aos entes, conforme a conveniência dessa atribuição.

1.1.2. A Teoria Realista de Gierke e a Teoria Orgânica

Consumada a tendência que já se verificava desde a concepção ficcionista de Savigny, a Europa Ocidental finalmente se viu livre dos embaraços feudais e dos entraves das corporações de ofício medievais, consolidando-se como classe dominante a emergida burguesia. Nesse contexto, não mais se objetivava o simples fomento da nova empresa, mas, sim, a proteção dessa organização perante o próprio Estado, de modo que o reconhecimento da personalidade do ente moral como algo *natural* traduziu-se em uma proteção da pessoa jurídica frente a um, então, indesejado intervencionismo estatal.

Nesse quadro, conforme se manifestou a Teoria Realista, foi conveniente para Gierke a conclusão de que as “pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser consideradas como seres sociais em tudo equiparáveis (embora dentro de uma ordem diversa de fenômenos) às pessoas físicas, pois como estas nascem, vivem e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais”⁵.

Destaca-se, nessa perspectiva, a premente naturalidade em se reconhecer a personalidade da pessoa jurídica, tendência, essa, que culminou com o extremo da teoria realista orgânica, a qual contempla no ente moral um traço

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 302.

⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 762.

⁵ *Ibidem*, p. 764.

efetivamente orgânico, preconizando que a pessoa jurídica é tão “independente da vida de seus membros, quanto a vida do homem é independente de cada uma de suas células”⁶, pois com esse agrupamento humano, surgiria uma entidade nova e distinta da pessoa de seus membros.

1.1.3. A Teoria da Realidade Técnica de Michoud

Negando a personalização antropomórfica da teoria organicista, mas também se situando entre as teorias realistas, apresenta-se a teoria da realidade técnica, originariamente apresentada por Michoud. É realista, pois reconhece que, ao longo da história humana, sempre houve agrupamentos de indivíduos voltados à satisfação de uma determinada necessidade social. E também tem caráter técnico, porque admite que o reconhecimento da personalidade das pessoas jurídicas “é um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos”.⁷

Nesse sentido, Silvio Rodrigues anota:

O Estado, ao reconhecer as pessoas jurídicas, **reconhece alguma coisa que já preexistia**. Se essa coisa já preexistia é evidente que o reconhecimento por parte do Estado não dá nascimento à pessoa jurídica, mas tão-somente condição para participação na vida dos negócios. Todavia, **se para o jurista a pessoa jurídica só começa a existir a partir do reconhecimento, para o sociólogo decerto ela existe antes**. Não obstante, o reconhecimento é o ato formal, que lhe dá a personalidade civil.⁸ (destaques adicionados)

Assim, o Direito, constatando a preexistência social de tais entidades, “permitindo-lhes atuar, assegurando-lhes usar, gozar e dispor de direitos, admitindo-as a contrair obrigações, aceitando as suas manifestações de vontade a que atribui força obrigatória da mesma maneira que as emitidas pela pessoa física”⁹,

⁶ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 765.

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 88.

⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 309.

reconhece-lhes personalidade e lhes atribui um patrimônio, ambos distintos da personalidade e do patrimônio dos membros integrantes desses entes, pois tal imputação é conveniente ao interesse humano.

Destarte, torna-se tecnicamente útil ao homem, ante sua limitação individual, criar seres dotados de personalidade, capazes de concentrar direitos e deveres, e inculcando a esses entes uma existência independente das de seus criadores.

1.1.4. A Teoria da Destinação das Normas Jurídicas de Ascarelli

Como grande expoente da teoria da destinação das normas jurídicas, também chamada normativista, apresenta-se Tullio Ascarelli, doutrinador italiano que vivenciou o período “Entre Guerras”, testemunhando as violências do nazismo e sendo, inclusive, vitimado pelas perseguições do fascismo, que o levaram a refugiar-se no Brasil, em 1938, perseguido por Mussolini.

Observou, em formulação à teoria normativista, que o ordenamento jurídico possui inteiro arbítrio para determinar os destinatários de suas normas, limitando-se, tão somente, aos limites da oportunidade prática. Tullio Ascarelli nega, assim, qualquer realidade pré-normativa, seja das pessoas jurídicas, seja, até mesmo, das próprias pessoas físicas, a exemplo do ocorrido na escravidão, pela qual se negou a personalidade à pessoa natural, e outras normatizações que flagelaram a história humana.

Contudo, admite a existência de uma grande distinção entre os conceitos de “homem” e de “pessoa jurídica”, este um “objeto cultural”, que só existe no universo jurídico, enquanto aquele se refere a um “objeto natural”, existente no mundo fático.

Nesse quadro, o teórico postula que não podem existir, no direito, relações que, em última análise, não se refiram exclusivamente aos homens; em outras palavras, toda a disciplina jurídica relativa às pessoas jurídicas traduz-se, ultimamente, em uma disciplina dos interesses dos homens que as constituem.

Como asseverado por COMPARATO em concordância e menção a Ascarelli, “o chamado interesse social não pode deixar de ser o dos sócios e somente deles. Toda e qualquer hipóstase, aí, é de rejeitar-se”¹⁰.

1.1.5. A Teoria Institucionalista de Hauriou

Outra teoria de grande difusão a respeito da natureza da pessoa jurídica é a denominada Teoria Institucionalista, proposta por Maurice Hauriou. Segundo essa formulação “uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce.”¹¹

Explicando a formação dessa instituição precedente à pessoa jurídica, Vicente Ráo, escorado nos ensinamentos de Maurice Hauriou, preleciona que:

Esta doutrina indica, como elementos constitutivos da instituição:

1. uma ideia de obra ou de empresa, que cria o vínculo social, unindo todos os participantes em vista da realização comum dessa ideia;
2. uma coletividade humana interessada na realização dessa mesma ideia (tais os membros do grupo ou os seus beneficiários passivos);
3. uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução de um fim comum;
4. a manifestação de uma comunidade de propósitos entre os membros que não participam diretamente na atividade do corpo social e seus órgãos diretores.¹²

Nota-se, assim que preenchidos esses requisitos, admite-se a preexistência sociológica de uma instituição em momento anterior à sua ratificação pelo Direito.

Ademais, constituída a instituição nos parâmetros acima percorridos, manifesta-se ela no mundo fenomênico de forma dúplice, segundo o âmbito de

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335.

¹¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 88.

¹² RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 767.

expressão, interno ou externo. Explanando essa realidade, Silvio Rodrigues, em exposição à Teoria Institucionalista, observa que:

A instituição tem uma vida interior representada pela atividade de seus membros, que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre os órgãos diretores e os demais componentes, fazendo, assim, com que apareça uma estrutura orgânica. Sua vida exterior, por outro lado, manifesta-se por meio da sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a ideia comum.¹³

Enfim, dessa instituição organizada, deriva a pessoa juridicamente reconhecida, ou seja, pessoa jurídica, pois, conforme aponta Vicente Ráo:

é nesse sentido que Hauriou sustenta que a instituição, quando alcança certo grau de concentração e de organização, torna-se automaticamente pessoa jurídica. Considerada sob o aspecto de sua vida interna, a pessoa jurídica cria um ordenamento jurídico próprio, estatutário, subordinado, embora, ao ordenamento jurídico geral.¹⁴

Assim, nota-se que o predicativo jurídico é concedido automaticamente aos entes cuja existência sociológica é admitida como preexistente, sendo seu reconhecimento pelo Ordenamento uma consequência natural da maior complexidade de tais instituições.

1.1.6. A Crítica à Diversidade de Teorias

Da abordagem acima realizada sobre as doutrinas que tratam da natureza da pessoa jurídica, torna-se evidente a divergência doutrinária em torno do assunto, sendo razoável concluir, conforme ponderou COMPARATO, “que a doutrina contemporânea acha-se em mora de levantar um balanço das diferentes análises e compor uma espécie de conta de resultados.”¹⁵

¹³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 89.

¹⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 768.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341.

Não obstante, já se cogitou a hipótese de tal sintetização ser efetivamente inatingível, se considerada a diversidade de espécies que compõem o mesmo quadro conceitual da pessoa jurídica (e que se explicitará, no presente estudo, por meio da exposição da classificação de tais entidades), afirmação essa que desafia a própria formulação de uma doutrina unitária de desconconsideração que conjugue todas as espécies da pessoa jurídica. Nesse sentido, o mesmo autor delibera:

a dessemelhança de regime jurídico entre as diferentes espécies de pessoas jurídicas [...] é de tal ordem, que as disposições normativas, porventura comuns, perdem toda importância prática. Já se observou, assim, que essa multiplicidade de agregados, institutos e situações diversas, que constituem o substrato das pessoas jurídicas, não apresenta nenhum denominador comum, social ou econômico, sendo que cada teoria formulada no assunto, parece ter sido concebida a partir de um determinado tipo de pessoa jurídica, sem nenhuma previsão das suas possíveis aplicações em outros setores.¹⁶

Ademais, em âmbito pragmático, discute-se, ainda, a utilidade prática desse esforço de convergência, pois, conforme a crítica de Silvio Rodrigues, “a validade da discussão sobre a natureza da pessoa jurídica é de menor relevo, porque as diferenças de concepção não influem jamais sobre as soluções positivas que a lei fornece.”¹⁷

Com efeito, a despeito do mérito do extenso empenho dos doutrinadores em discernirem a natureza da pessoa e da personalidade jurídica, é possível concluir que mais do que uma análise objetiva do assunto, o que efetivamente se nota são convenientes e relativas interpretações do instituto da pessoa jurídica como solução aos problemas socioeconômicos do contexto de tais formulações.

Tal perspectiva é razoável, pois subordina ao homem e põe em função deste as disposições relativas à pessoa jurídica, afinal, “as relações em que

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 343-344.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 89.

é parte uma pessoa jurídica, são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente, a interesses humanos.”¹⁸

Cumprе destacar a importância dessa conclusão, que explicita a relevância da compreensão da subordinação dos institutos jurídicos, entre eles, a personalidade, à função social de tais conceitos, que devem ser sensíveis às demandas da sociedade. Trata-se de consciência fundamental à posterior reflexão a respeito da desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho.

Inegável, porém, a adesão majoritária da doutrina, apesar de não refletir tema pacífico, à Teoria da Realidade Técnica defendida, no Brasil, por Caio Mário. Nota-se, efetivamente, que reconhecida a real existência do ente moral, é razoável concluir que sua forma se conforma ao interesse humano e a ele serve.

Afinal, a Teoria da Realidade Técnica, postula, conforme exposto, que a pessoa jurídica tem existência inegável, mas os contornos conferidos a essa existência são delineados com a finalidade de superar a deficiência humana, de forma que se deve ter a consciência de que a essência do instituto se reporta aos parâmetros que o Legislador, em sua liberdade elaboradora, entendeu como necessários e convenientes aos anseios sociais.

Não se nega, assim, a existência de tais uniões humanas, as quais chegam a alcançar, como dito, existência própria, pois não se confundem os seus interesses com os interesses isolados de cada membro que as compõem; afinal, em termos simples, maiores salários se contrapõem a maiores lucros. No entanto, o alcance jurídico dessa existência independente da pessoa jurídica é, sim, tecnicamente parametrizado pelo Direito, que o estende ou diminui conforme a utilidade do instituto ao anseio humano.

Em resumo, o mérito da discussão acerca da natureza da pessoa jurídica é alcançado com o reconhecimento da realidade do instituto na vida social, e a consideração que tais entes possuem interesses realmente distintos dos daqueles perseguidos pelos indivíduos que os compõem. Contudo, o modo como se expressa essa existência real do ente moral é parametrizado por leis elaboradas segundo o interesse humano, e ainda, conforme o contexto em que o homem se insere. Assim, mais do que negar a existência de tais entes, que são de grande utilidade ao progresso humano, ou de, em oposto extremo, neles reconhecer um traço

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 350.

antropomórfico, cumpre ao Direito entender o fenômeno como uma realidade técnica, pois é “tecnicamente útil aos homens, no seu interesse, criar seres nos quais farão repousar direitos que a final se destinam a beneficiar os próprios homens”¹⁹.

1.2. Do Conceito da Pessoa Jurídica

À luz da realizada discussão da natureza da pessoa jurídica e de sua personalidade, diversos autores se propuseram a esboçar um conceito da pessoa jurídica que, refletindo a essência do instituto, alcançasse suas diversas espécies, recorrendo a uma ou outra doutrina da personalidade.

Contudo, em razão dos claros limites positivados do instituto no Ordenamento pátrio, é possível constatar semelhança entre as diversas formulações, a seguir, explicitadas.

Maria Helena Diniz as conceitua como uma “unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à obtenção de certas finalidades, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.”²⁰

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, as entende como:

entidades que se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõem realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade.²¹

Silvio Rodrigues, destacando que “a pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana”²², conceitua as pessoas jurídicas como

entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 88.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 318.

²² RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, p. 86.

que os compõem, capazes de serem sujeitos de deveres e obrigações na ordem civil.²³

Por fim, é interessante a colocação de Fábio Ulhoa Coelho, que propõe um conceito da pessoa jurídica vinculado à própria Teoria da Desconsideração, ao concluir que:

Nesse sentido, completando-se o conceito da pessoa jurídica, poder-se-ia consignar que esta é “o sujeito de direito personalizado, incorpóreo e cujo ato constitutivo pode ser episodicamente ineficaz, se servir de instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito.”²⁴

Isso posto, nota-se como denominador comum a todas as formulações conceituais acima expostas a menção da pessoa moral como um ente autônomo, “sujeito de direitos e deveres” independente de seus membros, independência essa que implica, também, na separação do patrimônio da pessoa jurídica em relação ao acervo pertencente às pessoas naturais que a integram.

Essa distinção patrimonial da pessoa jurídica constitui o denominado Princípio da Autonomia Patrimonial, elemento relevante e intrínseco à Teoria da Desconsideração, o qual será, a seguir, devidamente abordado.

1.3. Do Princípio da Autonomia Patrimonial

Inicialmente, convém explicitar a relevância do Princípio da Autonomia Patrimonial da Pessoa Jurídica. Ao versar sobre a finalidade da personalização do ente moral, COMPARATO destaca tal princípio ao ponderar que:

O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de

²³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 86.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 89.

responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito.²⁵

Tal afirmação é acompanhada pela reflexão de REQUIÃO, que delibera:

Ora, uma das mais decisivas consequências da concessão da personalidade jurídica, outorgada pela lei, todos o sabemos, é a sua autonomia patrimonial, tornando a responsabilidade dos sócios estranha à responsabilidade social, e mesmo quando se trate de sócio com responsabilidade ilimitada e solidária é sempre ela subsidiária.²⁶

Desenvolvendo essa limitação da responsabilidade advinda do referido Princípio da Autonomia Patrimonial, bem como a importância econômica desse expediente, COELHO destaca:

A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. Essa será a parte do prejuízo dos sócios da sociedade empresária falida; a parte excedente será suportada pelos credores, muitos deles empresários e também exercentes de atividade de risco. A limitação das perdas, em outros termos, é fato essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista.²⁷

Justificada a relevância da autonomia patrimonial e do efeito da limitação da responsabilidade dos sócios à própria economia, urge apontar a fundamentação legal ao princípio.

O princípio da autonomia patrimonial e, mais amplamente, a distinção da personalidade da pessoa jurídica com a de seus sócios encontrava fundamento no artigo 20, *caput*, do Código Civil de 1916²⁸. O referido dispositivo

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. p. 344.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 15.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 38.

²⁸ Artigo 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

legal era acompanhado pelo artigo 596, do até hoje vigente Código de Processo Civil²⁹.

Com o advento do Diploma Civil de 2002, houve sensível alteração na disposição legal do princípio da autonomia patrimonial, com a supressão do dispositivo inicialmente transcrito, e a introdução de dois novos comandos, a saber, os contidos nos artigos 47³⁰ e 50³¹.

Considerando, ainda, os dispositivos na legislação esparsa que fundamentam a superação, importa, porém, observar que os novos dispositivos não instauram uma crise do Princípio da Autonomia da Pessoa Jurídica. Afinal, o acolhimento legislativo à Teoria da Desconsideração não busca a fragilidade da personalidade jurídica, mas, sim, ao seu fortalecimento.

Verdadeira crise se dá, de fato, com a conduta de desvirtuamento da função da pessoa jurídica a qual, mediante abuso do instituto, o utiliza para fins distintos daqueles aos quais foi concebida a personalidade jurídica. Nesse sentido, a lição da OLIVEIRA:

A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com

²⁹ Artigo 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio demandado pelo pagamento da dívida tem o direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

³⁰ Artigo 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

³¹ Artigo 50. 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.

os valores reitores da ordem jurídica, há uma crise de função do instituto.³²

Destarte, é em sentido contrário à crise da pessoa jurídica, ou seja, no intuito de se resguardar a própria pessoa jurídica e a autonomia do ente moral em relação aos seus membros, administradores ou sócios, que se deram as inserções dos novos dispositivos. Pois, conforme dito por Rubens Requião inspirado em Rolf Serick, “quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma”.

Isso porque, ao relativizar a o Princípio da Separação Patrimonial, garantiu o Ordenamento que a autonomia do ente moral só fosse observada quando as legítimas finalidades do instituto, ou seja, sua função social fosse acatada, o que devidamente exclui a nociva consideração da personalidade da pessoa jurídica nas hipóteses de seu mau uso, afinal:

A lição do mundo antigo e medieval é que, se a atribuição de personalidade jurídica confere inegavelmente poder de organização das relações jurídicas e sociais, então deve ser justificada por uma correspondente propensão à organização verdadeira dessas relações e não ao seu aproveitamento no interesse particular. Daí a ligação entre personificação jurídica e função pública. Essa lição seria infelizmente esquecida pelos modernos.³³

Do exposto, nota-se que a Teoria da Desconsideração da Personalidade jurídica, estruturada e operacionalizada pelos artigos percorridos não objetiva a negação do Princípio da Autonomia Patrimonial da Pessoa Jurídica, pelo contrário, o reafirma, afinal, tal teoria, quando aplicada como forma de coibir fraudes e abusos praticados através da pessoa jurídica, “não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.”³⁴

³² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

³³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 346.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 37.

1.4. Da Origem da Pessoa e da Personalidade Jurídica

Maria Helena Diniz procedeu com conveniente distinção entre a origem da pessoa jurídica e a sua personalidade, ao afirmar que “o fato que dá origem à pessoa jurídica de direito privado é a vontade humana, sem necessidade de qualquer ato administrativo de concessão ou autorização, salvo os casos especiais do Código Civil, porém a sua personalidade jurídica permanece em estado potencial, adquirindo *status* jurídico quando preencher as formalidades ou exigências legais.”³⁵

De fato, o próprio texto legal não nega essa dupla existência do ente moral, uma no plano concreto e outra no plano jurídico ao afirmar que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro [...]” (artigo 5º, do Código Civil).

Ora, como bem ressalta Silvio Rodrigues, “se a lei declara que a existência no plano do direito se inicia com a inscrição dos estatutos no registro peculiar, é porque, naturalmente, admite que exista no campo material uma organização subjacente”³⁶. Destarte, prossegue o citado doutrinador:

A compor a ideia da pessoa jurídica encontram-se dois elementos: o material, representado quer pela associação de pessoas (preexistente), quer por um patrimônio destinado a um fim, e o jurídico, constante da atribuição de personalidade, que decorre de uma determinação da lei, e cuja eficácia advém da inscrição dos estatutos no registro peculiar.³⁷

Em que pese a precedente realidade material mencionada, de ordem social, interessa primordialmente à Teoria da Desconsideração a existência jurídica da pessoa moral e, ainda, daquela pertencente ao direito privado.

Sobre essa gênese positivada da pessoa jurídica de direito privado, Maria Helena Diniz a explica decompondo-a em duas fases.

A primeira delas se refere ao ato constitutivo,

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70-71.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 91.

³⁷ *Idem*.

que deve ser escrito, podendo revestir-se de forma pública ou particular (artigo 997, do Código Civil), com exceção da fundação, que requer instrumento público ou testamento (artigo 62, do Código Civil). Além desses requisitos há certas sociedades que para adquirir personalidade jurídica dependem de prévia autorização ou aprovação do Poder Executivo Federal (artigos 45, 2ª parte e 1.123 a 1.125, do Código Civil), como, por exemplo, as sociedades estrangeiras (artigo 11, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil e artigos 1.134 e 1.135 do Código Civil)³⁸.

A segunda fase diz respeito ao registro público (artigos 45, 984, 985, 998 e 1.150 a 1.154),

pois para que a pessoa jurídica de direito privado exista legalmente é necessário inscrever os contratos ou estatutos no seu registro peculiar (artigo 1.150, do Código Civil); o mesmo deve fazer quando conseguir a imprescindível autorização ou aprovação do Poder Executivo Federal (artigos 45, 46, 1.123 a 1.125 e 1.134, do Código Civil, e artigos 114 a 121, da Lei nº 6.015/73).³⁹

Anote-se que a carência de registro implica, inevitavelmente, na inexistência de personalidade jurídica. Nessa hipótese, o Ordenamento, à míngua da limitação da responsabilidade dos sócios, estabelece a comunhão patrimonial entre o ente constituído e seus membros, em resguarde aos terceiros que eventualmente venham a negociar com tais agrupamentos. Tal espécie societária será devidamente abordada na parcela referente à classificação da pessoa jurídica.

Isso posto, preenchidos os requisitos acima percorridos, dota-se a pessoa jurídica de personalidade. Considerando o escopo do presente estudo, pode-se se arrolar, com base nas ponderações de Rubens Requião, os seguintes efeitos decorrentes da aquisição da personalidade jurídica:

- **Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um sujeito capaz de direito e obrigações.** Pode estar em juízo por si, contrata e se obriga. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71.

³⁹ *Idem*.

qualquer administrador. É o dispositivo do artigo 1.022 do Código Civil, estabelecendo a legitimidade contratual, a responsabilidade patrimonial e a legitimidade processual da sociedade personificada;

- Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, **os sócios que a constituírem com ela não se confundem**, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes;
- **A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial.** O patrimônio é seu, e esse patrimônio, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo;
- **A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura**, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital. (destaques adicionados)⁴⁰

Em suma, a origem da pessoa jurídica, na perspectiva do Direito, ou seja, sua constituição na ordem jurídica, a qual não se confunde com sua formação na dimensão social, pressupõe o atendimento a requisitos legais, a saber, a elaboração de um ato constitutivo e seu registro em órgão competente; dessa origem advêm efeitos que respaldam uma personalidade jurídica independente dos membros constituintes desse ente originado.

1.5. Da Classificação da Pessoa Jurídica

Tratada a natureza do ente moral, bem como seu conceito e constituição, cumpre expor sua classificação. Nesse intuito, segundo Silvio Rodrigues, “as pessoas jurídicas podem ser classificadas tendo em vista sua estrutura ou a órbita de sua atuação”⁴¹.

Assim, preliminarmente, quanto à órbita de atuação, cumpre observar que as pessoas jurídicas podem ser de direito público externo (tais como as várias nações, a Santa Sé, a Organização das Nações Unidas), ou interno (tais como a União, os Estados, o Distrito Federal e cada um dos Municípios legalmente constituídos) e, ainda, de direito privado.

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. *Direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 395.

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 90.

Considerado o escopo da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cumpre ponderar em relação a essa terceira classe, a saber, as pessoas jurídicas de direito privado, as quais, segundo suas estruturas, podem ser divididas, consoante clássico entendimento doutrinário, entre aquelas “que têm como elemento subjacente o homem, isto é, as que se compõem pela reunião de pessoas, tais como as associações e as sociedades – *universitas personarum*”⁴² e aquelas “que se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim, isto é, as fundações – *universitas bonorum*”⁴³.

De tal exposição, conclui-se também quanto à divisão tripartite adotada pela maioria da doutrina civilista, a exemplo de Silvio Rodrigues, Caio Mário e Maria Helena Diniz, que reconhecem a existência de três espécies de pessoas jurídicas de direito privado, a saber, as sociedades, associações e fundações.

Anote-se, contudo, hodierna classificação proposta na obra de Orlando Gomes, a qual, com maior apreço ao texto legal, supera a clássica trilogia e adota uma classificação quinquenpartite das pessoas jurídicas de direito privado, sustentando que se dividem em associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos.⁴⁴

Considerado, porém, o objetivo do presente trabalho e da impertinência da discussão acerca da mais conveniente classificação do instituto da pessoa jurídica de direito privado perante a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em âmbito laboral, foco do estudo, adota-se a clássica classificação tripartite existente na doutrina.

1.5.1. A Classificação e a Teoria da Desconsideração

Vinculando-se a discussão da classificação da pessoa jurídica à temática da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, é válido ponderar, como pressuposto lógico da teoria, a personalização da pessoa jurídica e sua consequente autonomia.

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 90.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 171.

No entanto, em relação às sociedades, cumpre discorrer que, mesmo dotadas de personalidade e autonomia, tais agrupamentos, se considerada uma vertente subjetiva de pressupostos à superação, como será devidamente tratado, poderá admitir equitativa gradação quanto à responsabilidade dos sócios ou administradores que a constituem, segundo a espécie societária, considerando a maior ou menor ingerência destes no ente moral.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho propõe a seguinte classificação de responsabilidade, segundo a qual as sociedades podem pertencer a três categorias, quais seja, a de responsabilidade ilimitada, a de responsabilidade mista e a de responsabilidade limitada:

a) a de responsabilidade ilimitada, se todos os sócios respondem pelas obrigações sociais ilimitadamente (sociedade em nome coletivo); b) as de responsabilidade mista, quando apenas parte dos sócios responde de forma ilimitada (sociedades em comandita simples ou por ações); c) as de responsabilidade limitada, em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais (sociedades por quotas de responsabilidade limitada e anônima).⁴⁵

Assim, entre as sociedades personalizadas, restringe a doutrina a aplicação do expediente de superação da personalidade ao afirmar que

o instituto somente será aplicado às sociedades anônimas e às de responsabilidade limitada. As outras sociedades que apesar de apresentarem responsabilidade limitada para alguns dos sócios, aqueles que exercem a gerência, terão sempre a responsabilidade ilimitada.⁴⁶

Tal entendimento, ao sugerir uma aplicação da desconsideração sensível à classificação da pessoa jurídica, em outras palavras, à sua espécie societária, tem fundamento no critério subjetivo clássico entendido pela doutrina como requisito à desconsideração, o qual será abordado em momento oportuno, quando se tratar propriamente da Teoria da Desconsideração.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 28.

⁴⁶ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 780, out. 2000, p. 48.

Resta, aqui, porém, evidenciar que, *a priori*, a desconsideração da pessoa jurídica seria, sim, restrita a espécies societárias que limitam a responsabilidade dos sócios com poderes de gestão, pois apenas a estes seria imputável uma conduta abusiva a permitir a superação. Tal entendimento é acolhido, em seara trabalhista, por Mauro Schiavi, que trata:

Quanto às sociedades anônimas, é possível a responsabilização dos diretores administradores, pois detêm a administração da sociedade, **não sendo possível a responsabilização dos acionistas.**⁴⁷
(destaque adicionado)

Ainda, em meio às reflexões equitativas quanto à aplicação da superação às sociedades, além da efetiva presença de poder de controle ou gestão apontada por Schiavi, manifesta-se Amauri Mascaro Nascimento sobre o problema quantitativo da responsabilidade do sócio com participação mínima, que porém carece de uma explícita solução legal:

Outro problema é o do sócio com participação social mínima. Por exemplo, sócio que tem 0,1% de participação societária e que é executado para responder integralmente pelo débito trabalhista da empresa.⁴⁸

Por fim, cumpre destacar que inexistente óbice quanto à aplicação da Teoria da Desconsideração às fundações e às associações, posto que tais categorias, a despeito do fato de não possuírem sócios, também são passíveis de se subsumirem ao regime da desconsideração, alcançando-se, em caso de abuso da personalidade jurídica, os bens particulares dos administradores da pessoa jurídica envolvida. Nesse sentido:

Quando uma associação ou sociedade civil sem fins lucrativos, uma cooperativa ou uma fundação se desvia de seus objetivos ou

⁴⁷ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 972.

⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 692.

finalidade sociais e parte para a mercancia, ela está sujeita à desconsideração de sua personalidade jurídica.⁴⁹

Ademais, em âmbito trabalhista, é válido antecipar a plena possibilidade de tais entidades virem a contrair obrigações trabalhistas, como empregadoras, por meio do art. 2º, § 1º, da CLT, a ser posteriormente tratado.

Pelo exposto, nota-se que a classificação da pessoa jurídica tem relevância à Teoria da Desconsideração, pois, de plano, exclui a utilidade da aplicação da técnica da superação às sociedades com responsabilidade ilimitada dos sócios, afinal, torna-se desnecessário o expediente da desconsideração para alcançar quem já é aprioristicamente responsável pela dívida societária.

Assim, com respaldo nos excertos colacionados, percebe-se que a Teoria da Desconsideração destina-se apenas às sociedades com algum tipo de limitação de responsabilidade dos sócios, alcançando, de modo semelhante, as fundações e as associações.

1.6. Dos Entes Jurídicos Despersonalizados

Em desfecho ao capítulo da pessoa jurídica e de sua personalidade, importa discorrer que, paralelamente aos entes personalizados, ou seja, às pessoas naturais e jurídicas, o Ordenamento Jurídico também reconhece como centros de imputação certas entidades que, apesar de não possuírem personalidade, são consideradas como sujeitos de direitos e deveres, inclusive trabalhistas.

Como leciona Fábio Konder Comparato, “nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los. [...]”⁵⁰

Em adição aos exemplos apontados, Thereza Christina Nahas, ao tratar sobre tais entidades, às quais denomina de pessoas formais, acrescenta:

⁴⁹ PAES, José Eduardo Sabo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos administradores. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, Ano 10, Volume 19, jan./jun. 2002, p. 97.

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 344.

São massas reconhecidas e toleradas pelo direito em razão da importância que assumem na sociedade. São elas: (a) a massa falida; (b) a família; (c) a herança jacente e vacante (arts. 1.819 a 1.823 do Código Civil); (d) o espólio (arts. 985 e seguintes do Código de Processo Civil); (e) o condomínio (arts. 1.314 a 1.358 do Código Civil e Lei nº 4.591/64). Estas pessoas são conhecidas por pessoas formais, já que não possuem personalidade jurídica própria, mas são impulsionadas e justificadas na importância da finalidade que possuem. Não se pode atribuir a tais pessoas personalidade jurídica ou querer equipará-las a pessoa jurídica.⁵¹

Cumpra esclarecer que tais pessoas formais, ou entes jurídicos despersonalizados, possuem capacidade processual, como bem discorre Carlos Roberto Gonçalves, de modo que poderão demandar, bem como serem demandados em juízo, pelos direitos ou obrigações a eles pertinentes, pois:

A lei prevê, com efeito, certos casos de universalidades de direito e de massas de bens identificáveis como unidade que, mesmo não tendo personalidade jurídica, podem gozar de **capacidade processual** e ter **legitimidade ativa e passiva** para acionar e serem acionadas em juízo. São entidades que se formam independentemente da vontade de seus membros ou em virtude de um ato jurídico que os vincule a determinados bens, sem que haja a *affectio societatis*.⁵² (destaques do autor)

Cumpra, porém, aclarar, em cotejo do tema com a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que, por ausência de pressuposto lógico, referida técnica de responsabilização não pode ser aplicada a tais entes, ante a ausência de uma personalidade própria a ser desconsiderada. Apesar da contundência da negativa, convém que a mesma seja realizada, considerando-se a constatação de equívocos jurisprudenciais nesse sentido. Consoante pondera Thereza Christina Nahas:

⁵¹ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 76.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*, V. 1, coordenador Pedro Lenza, 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 195.

Não é incomum a prática trabalhista deparar-se com a *desconsideração da personalidade jurídica de condomínio*. **A decisão é absolutamente equivocada, pelo simples fato de não ter o condomínio personalidade jurídica e, dessa forma, a decisão torna-se fisicamente impossível de ser cumprida.** O síndico é simples administrador que possui responsabilidades determinadas pela legislação ordinária, mas o fundamento para atingi-lo em decorrência de má administração não pode, jamais, ser a aplicação do instituto do *disregard*. Nesse mesmo diapasão é o entendimento que se deve adotar nas hipóteses de massa falida, espólio, enfim, todas as massas patrimoniais [...] ⁵³ (destaque adicionado)

Assim, em referidos casos, a imputação da responsabilidade dos agentes não ocorre por meio da técnica de desconsideração, mas, sim, por uma responsabilização direta decorrente do exercício culposo de gestão. A diferença dessa hipótese com a superação será devidamente tratada em tópico próprio.

Pelo exposto, nota-se que a aptidão de um ente para figurar como sujeito de direitos e deveres no universo jurídico não requer, necessariamente, o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Consoante exposto, há universalidades que, por algum interesse social, são instituídas de subjetividade, trata-se, inclusive, de expediente com ampla repercussão no Direito do Trabalho, que subjetiva a empresa, como também será explorado.

Por fim, esgotado o esforço a respeito da pessoa jurídica, propriamente dita, que, como visto, é eminentemente versada pelo ramo civilista do Direito, cumpre, em sequência, adequá-la ao âmbito laboral, no qual se manifesta, para fins do presente estudo, principalmente na figura do empregador, aspecto de suma importância para a análise da aplicação da desconsideração no Direito do Trabalho.

⁵³ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 142.

2. EMPREGADOR

Causa fascínio o estudo dos reflexos do instituto da pessoa jurídica em âmbito trabalhista, pois este se configura como palco de confronto de um instituto jurídico sedimentado pela rigorosa doutrina civilista, com os anseios sociais reclamados pelo pragmatismo do Direito do Trabalho, que exige uma contemporânea reflexão da função social do cristalizado instituto da pessoa jurídica.

Desse choque, surgem, como fragmentos, elementos jurídicos de sólido rigor técnico imbuídos de claro traço teleológico, principalmente no que tange à satisfação ao Princípio Protetivo do Trabalhador. Como exemplo desses institutos derivados da pessoa jurídica e do anseio justralhista, apresentam-se os tópicos da subjetivação da empresa, da despersonalização do empregador e da despersonalização do empregador, todos, como dito, adstritos à pessoa jurídica, mas claramente distintos da técnica da desconsideração.

Destarte, em sequência às ponderações teóricas conceituais e ontológicas da pessoa jurídica e de sua personalidade, realizadas no capítulo anterior, passa-se à análise do ente moral em perspectiva trabalhista, em outras palavras, o estudo dessas pessoas jurídicas, ou entidades despersonalizadas, qualificadas como empregadoras do trabalho humano.

É o que se passa a expor.

2.1. Da Subjetivação da Empresa

A subjetivação da empresa é aspecto polêmico que se extrai do texto legal, considerando-a, alguns, equívoco legislativo, enquanto, para outros, significou voluntária opção da comissão responsável pelo texto celetista.

É, contudo, um inequívoco aspecto da figura do empregador, extraída da definição legal do mesmo, contida no art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante será abaixo pormenorizado.

2.1.1. A Definição Legal de Empregador. Crítica e Funcionalidade.

No esforço de se deliberar acerca da figura do empregador, faz-se conveniente o entendimento preliminar de seu conceito. Assim, inicialmente, como fundamento ao presente tópico, cabe explicitar a existência de definição legal positivada no artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁵⁴

Como cediço, o explicitado dispositivo, apesar de sua fundamental importância para o Direito do Trabalho, é alvo de severas críticas e ponderações, especificamente quanto ao fato de ter alçado como empregador a figura da “empresa”, instituto versado pelo Direito Empresarial como atividade, um objeto jurídico, e não como sujeito de direitos e obrigações, apto a figurar em um dos polos da relação laboral.

Nesse sentido crítico, as ponderações de Maurício Godinho Delgado:

O enunciado do *caput* celetista é, tecnicamente, falho, [...]. Na verdade, empregador não é a empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado titular da empresa ou estabelecimento.⁵⁵

A censura procede, quando considerado o atual conceito jurídico de empresa. Este conceito, por sua vez, não pertence ao ramo juslaboral, apesar de causar profunda influência da figura do empregador, sujeito de eminente importância na relação de emprego. Trata-se de instituto oriundo do Direito Comercial, ao qual deve recorrer o Direito do Trabalho, pois, como assevera Amauri Mascaro Nascimento:

Não cabe ao direito do trabalho dar o seu conceito de empresa, a diferença entre empresa e estabelecimento, e as regras das relações

⁵⁴ Artigo 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 390.

da vida econômica das quais a empresa é um dos agentes principais. Para esses temas devem ser procuradas as fontes próprias.⁵⁶

Nessa toada, Fábio Ulhoa Coelho, doutrinador comercialista, delinea o instituto da empresa como uma atividade econômica, objeto e não um sujeito de direito, chancelando também, na perspectiva comercial, a crítica que se faz na doutrina trabalhista sobre o referido artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).⁵⁷

A exposta conceituação comercialista é reconhecida em sede doutrinária trabalhista, a exemplo da ponderação tecida por Alice Monteiro de Barros, que confirma que a empresa é, a rigor, uma atividade econômica organizada e não um sujeito de direito, como pretendeu o texto celetista, ao discorrer:

À luz do art. 966 do Código Civil vigente, empresa é a atividade econômica exercida profissionalmente pelo empresário, organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Já o estabelecimento é o complexo de bens (corpóreos e incorpóreos) organizados para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária (art. 1.142 do mesmo diploma legal). Engloba o que se chamava “fundo de comércio”. [...] A teoria da empresa como atividade é a que mais se aproxima de nossa disciplina.⁵⁸

Ademais, a citada doutrinadora compila outros exemplos de dispositivos celetistas em que a expressão “empresa” é utilizada em desapego a uma precisão técnica, explicitando a aparente atecnia do texto consolidado:

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 687.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 19.

⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 295.

A CLT não adota com precisão os termos empresa e estabelecimento. A título de exemplo, nos art. 74, § 2º, 168, § 4º, e 355, o termo estabelecimento é usado em sentido próprio. Já no art. 429 confunde-se empregador com empresa. Há vários artigos em que a empresa é vista na condição de empregador, como, por exemplo, nos art. 2º, 160, 164, 165, 200 e 449 da CLT. Por outro lado, o conceito de empresa como objeto do direito de propriedade do empregador infere-se dos art. 425, 448 e 485.⁵⁹

Inobstante as respeitáveis críticas ao artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, nota-se, porém, em resgate histórico, que o alegado equívoco nesse particular dispositivo não constituiu simples lapso, posto que o instituto jurídico da empresa, em verdade, foi historicamente considerado pela doutrina comercial como um “conceito plurivalente”, não restrito à mera acepção funcional de atividade, mas, também, alcançando outros três sentidos, quais sejam, patrimonial, corporativo e, destaque-se, subjetivo.

É o que se denominou na doutrina de “fenômeno poliédrico da empresa”, o qual, historicamente, conjugava em si os quatro referidos significados, como bem explicita o já citado autor Fábio Ulhoa Coelho, em referência aos estudos de Alberto Asquini, jurista comercialista de origem italiana:

No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos. **Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente.** Para Asquini, não se deve pressupor que o fenômeno econômico poliédrico da empresa necessariamente ingresse no direito por um esquema unitário, tal como ocorre na ciência econômica. **Ele divisa, por conseguinte, quatro perfis na empresa: subjetivo, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativo. Pelo primeiro, a empresa é vista como empresário, isto é, o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco.** Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Pelo terceiro perfil, corresponde ao patrimônio aziendale ou estabelecimento. E, por fim, pelo perfil corporativo, ela é considerada

⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 296.

uma instituição, na medida em que reúne pessoas – empresário e seus empregados – com propósitos comuns.⁶⁰ (destaques adicionados)

Nesse “contexto poliédrico”, percebe-se que, mais do que um mero equívoco, a criticada expressão legal “considera-se empregado a empresa” encontrava fundamento em correntes doutrinárias da época da elaboração do texto consolidado. Destaque-se que a obra de Asquini (1889-1972) é datada de 1943⁶¹, ano em que entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, no dia 1º de maio de 1943.

Não se diga, com isso, que o diploma celetista aspirou influenciar todo o Ordenamento Pátrio à tese da subjetividade da empresa, porém, desponta razoável a compreensão da consciente opção da comissão elaboradora do texto em precisar o dispositivo celetista nos exatos termos em que foi prolatado.

Com efeito, revela Arnaldo Süssekind que a inserção da expressão “empresa”, como sujeito de direito, foi conscientemente proposta por Luís Augusto Rego Monteiro, mesmo em contraposição à tendência, já na época, da pacificação da empresa no sentido funcional, como, de fato, veio, por final, a cristalizar-se, explicando:

O conceito de empregador adotado pela CLT suscitou muita controvérsia. No artigo já referido, que escrevi com Segadas Vianna em 1973, recordamos que o saudoso institucionalista **Rego Monteiro propôs à Comissão elaboradora do projeto da CLT que se reconhecesse expressamente a empresa como sujeito de direito da relação de emprego**. Entendeu, porém, a maioria que a organização socioeconômica brasileira e todo o ordenamento jurídico nacional desaconselhavam a adoção da tese sugerida. **Não obstante, em atenção à realidade caracterizada pelo estágio atual das relações entre empregadores e empregados, em que, salvo nos pequenos empreendimentos, é quase nula a interferência do eventual proprietário da empresa, resolvemos**

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 18.

⁶¹ Fábio Ulhoa Coelho cita em seu curso a obra de Alberto Asquini (*Profili dell'impresa. Revista del diritto commerciale*, Milão, Francesco Vallardi, XLI:1-20, 1943), contemporâneo à época do esforço consolidador, que positivou o criticado artigo 2º, *caput*, CLT.

adotar conceito capaz de refletir essa situação, atinente à despersonalização do empregador. Havia assim, sem embargo da controvérsia entre institucionalistas e contratualistas, um reconhecimento comum do relevante papel da empresa como elemento do contrato de trabalho, o qual não deve sofrer as consequências das alterações ocorridas na sua propriedade.⁶² (destaques adicionados)

Ainda, não obstante a crítica dirigida à redação do explicitado dispositivo, hoje procedente em virtude da sedimentação do entendimento da empresa como atividade econômica, é certo que grande parte dos autores reconhece certa utilidade na atecnia. Trata-se daquilo que Maurício Godinho Delgado chamou de “funcionalidade” do conceito celetista de empregador. Explicando essa funcionalidade, delibera o citado doutrinador mineiro:

É que a falha técnica celetista (ou viés doutrinário) evidenciou, no correr da experiência justabalhista, um aspecto algo positivo, consubstanciado em sua **funcionalidade**. De fato, **a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador.** Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem justabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento enfocado, independentemente da alteração de seu titular. É o que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT.⁶³ (destaques do autor)

De modo semelhante, ao comentar sobre o dispositivo em tela, Valentin Carrion também critica e, ao mesmo tempo, reconhece a funcionalidade do mesmo:

Empregador é empresa. A expressão é muito criticada. Empresa é o conjunto de bens materiais, imateriais e pessoais para a obtenção de

⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *A história da clt e as perspectivas de sua reforma*, in <http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em315.htm>, acessado em 01/08/2014.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 391.

certo fim. Juridicamente, a empresa é uma universalidade, compreendendo duas universalidades parciais, a de pessoas (*personarum*) e a de bens (*bonorum*), funcionando em direção a um fim. **Importante é que a lei quis salientar a integração do trabalhador nesse conjunto, independentemente da pessoa que seja seu proprietário, ou venha a responder pelas obrigações em determinado momento (arts. 10 e 448). O vocábulo “empresa” é usado como pessoa física ou jurídica que contrata, dirige e assalaria o trabalho subordinado. [...]**⁶⁴ (destaque adicionado)

No mesmo sentido, reconhecendo a funcionalidade da empresa como núcleo subjetivo da figura do empregador, Amauri Mascaro Nascimento acrescenta a liberdade da norma jurídica em imputar à empresa a responsabilidade pela relação jurídica laboral.

Alguns juristas criticam o critério da lei brasileira quando dispõe que o empregador é a empresa porque só admitem como empregador a pessoa física ou jurídica, uma vez que seriam os únicos sujeitos numa relação jurídica. Porém, a realidade mostra que há situações nas quais há relação de emprego com entes não dotados de personalidade jurídica, como o condomínio, a massa falida etc. Trata-se de mera questão de imputação da norma jurídica; esta indica para a direção que quer alcançar.⁶⁵

Dessa forma, constata-se que, apesar de ser atualmente evidente a falta de técnica do art. 2º, *caput*, da CLT, ao conceituar a empresa como empregador, uma vez que se encontra hodiernamente sedimentada a concepção funcional do instituto, historicamente, o mesmo constituía um fenômeno poliédrico, que admitia uma concepção subjetiva à empresa, como propositalmente realizado.

De todo modo, com o crivo positivo da norma promulgada, reconheceu-se a funcionalidade da subjetivação da empresa, na medida em que a relação de trabalho, ao consignar no polo patronal a empresa, em lugar de um determinado sujeito, acabou por beneficentemente despersonalizar a figura do

⁶⁴ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 685.

empregador, aspecto cujas implicações serão abaixo analisadas, tornando o liame imune às alterações da titularidade do empreendimento econômico. Garantiu-se, enfim, maior proteção à reponsabilidade trabalhista por meio da contemplação da empresa por uma perspectiva subjetiva, reconhecendo-a como empregadora.

2.1.2. O Empregador por Equiparação

No anseio de devidamente expor a figura do empregador, convém pontuar o teor trazido pelo § 1º, do artigo 2º, da CLT ⁶⁶, que acrescenta à básica definição legal do empregador a figura do empregador por equiparação, dissociada da empresa.

Trata-se de disposição que sublinha ser prescindível ao empregador o escopo lucrativo e o exercício de atividade empresarial. Com efeito, considera empregadores os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos.

Como revela a doutrina de Maurício Godinho Delgado, “na verdade, as entidades especificadas no referido parágrafo primeiro configuram-se como empregadores típicos e não empregadores por equiparação ou extensão legal”⁶⁷, do ponto de vista técnico, ante o fato de em nada diferirem da figura do empregador clássico, a não ser pelo aspecto da ausência da finalidade lucrativa, o que em nada prejudica a relação de emprego.

Por fim, como desfecho à breve ponderação do empregado por equiparação, adiciona Amauri Mascaro Nascimento que o rol elencado pelo decorrido parágrafo não tem pretensão exaustiva, pois “a enumeração em questão não é taxativa; é, simplesmente, exemplificativa, uma vez que há outras figuras que não estão nela elencadas, como os entes de direito público que contratam pessoal pelo regime da legislação trabalhista.”⁶⁸

⁶⁶ Art. 2º, § 1º, CLT. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, 391.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 686.

Nesse sentido, a ratificar o caráter exemplificativo suscitado por Amauri Mascaro Nascimento, Alice Monteiro de Barros aponta os partidos políticos, entes não versados pelo referido dispositivo, mas que são empregadores por equiparação, afinal, como explicita a doutrinadora, “os partidos políticos equiparam-se a empregador, nos termos do art. 2º, § 1º, da CLT, quando contratarem, assalariarem e dirigirem a prestação pessoal de serviços desenvolvidos de forma não eventual.”⁶⁹

Assim, cumpre mencionar que tais entidades legalmente equiparadas ao empregador, ou com eles identificadas, como sustentam alguns, encontram-se, de modo similar aos empregadores definidos pelo art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, igualmente sujeitos ao expediente da desconsideração, quando personalizados.

Discorrido, enfim, o aspecto da subjetivação da empresa, potencializando-a como empregadora, e versado o tema do empregador por equiparação, passa-se à análise do fenômeno consequente, mas distinto, da despersonificação do empregador.

2.2. Da Despersonificação do Empregador

O fenômeno da despersonificação do empregador é consequência natural da subjetivação da empresa, mas dela distinto.

Enquanto a subjetivação da empresa alça a atividade empresarial como sujeito de direitos e obrigações na esfera trabalhista, a despersonificação implica na desnecessidade do empregador possuir personalidade, o que extrapola a simples imputação subjetiva da empresa, pois alcança a todo ente despersonificado, que exerça ou não atividade empresária. Como exemplo, o condomínio, a massa falida e a família, todos capazes de figurar no polo patronal de uma relação de emprego, mesmo destituídos de personalidade jurídica e não exercentes de atividade econômica.

Nesse diapasão, Maurício Godinho Delgado confirma que os “entes jurídicos despersonificados”, apesar de carecerem de personalidade, podem contrair

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 296.

obrigações trabalhistas, figurando como efetivos empregadores na relação laboral, bastando, para tanto, que venham a se valer de prestação inerente ao vínculo de emprego. Nesse sentido:

Inexistindo na ordem jurídica qualificação específica para que uma entidade seja considerada empregadora (ao contrário do que ocorre com o empregado: apenas pessoa física), disso resulta que **até mesmo entes juridicamente despersonalizados** podem surgir, no plano jurídico, como empregadores, desde que se valendo do trabalho empregatício. É o que se passa com condomínios espólio e massa falida, por exemplo.⁷⁰ (destaque adicionado)

Ademais, também em pertinência ao ramo juslaboral, Thereza Christina Nahas, ao deliberar especificamente sobre a entidade despersonalizada da família, pondera que tal entidade possui norma trabalhista explícita que a potencializa como empregadora⁷¹. Refere-se especificamente ao artigo 1º, da Lei nº 5.859 de 11 de dezembro 1972, que dispõe sobre o empregado doméstico, ao considerar empregador a pessoa ou a entidade familiar.⁷²

Consequentemente, ante a despersonalização do empregador, resta claro que mesmo os entes destituídos de personalidade jurídica podem, segundo a doutrina e legislação pátria, figurar como empregadores, sendo, assim, prescindível a existência de personalidade ao polo patronal para a configuração da relação de emprego, bastando que a entidade envolvida usufrua de prestação laboral típica da relação de emprego, independentemente da regularidade formal de seu ato constitutivo e registro.

Resgate-se que a tais empregadores, porém, não será possível a técnica da desconsideração, por ausência do pressuposto lógico da existência de personalidade jurídica a ser superada, o que não impede a responsabilidade dos gestores de tais massas por meio de institutos jurídicos diversos de responsabilização.

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 391.

⁷¹ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 76-77.

⁷² Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa **ou à família** no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei. (destaque adicionado)

Por fim, o aspecto da despersonalização do empregador encontra amplo eco da doutrina justrabalhista, como se evidencia no estudo das definições doutrinárias da figura do empregador, abaixo expostas, em complemento à definição legal anteriormente tratada.

2.2.1. A Definição Doutrinária de Empregador

Discorrido o conceito legal de empregador fixado pelo art. 2º, *caput*, da CLT, que introduziu a subjetivação da empresa, aspecto polêmico, mas que ao fim se reconheceu funcionalidade, bem como a consequente despersonalização do empregador, convém deliberar sobre a assimilação dos referidos postulados pela doutrina e os precisos contornos pelos quais a teoria juslaboral delimita a figura do empregador.

De antemão, destaque-se dos conceitos colacionados que os doutrinadores, de modo uníssono, se atentaram, de fato, ao caráter despersonalizado do empregador, compartilhando da tese que a figura patronal não requer uma personalidade própria reconhecida. Com efeito, conceitua Maurício Godinho Delgado:

Empregador define-se como a pessoa física, jurídica ou **ente despersonalizado** que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.⁷³ (destaque adicionado)

Nesse mesmo diapasão, a arrolar os entes sem personalidade ao lado das pessoas físicas (ou naturais) e jurídicas, define Alice Monteiro de Barros:

Para nós, empregador é a pessoa física, jurídica ou o **ente que contrata**, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico.⁷⁴ (destaque adicionado)

⁷³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 390.

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 294.

Por fim, de modo semelhante, afirma indiscriminadamente Amauri Mascaro Nascimento:

Será empregador **todo ente** para quem uma pessoa física prestar, com pessoalidade, serviços continuados, subordinados e assalariados.⁷⁵ (destaque adicionado)

Enfim, com base nos conceitos expostos, configura consenso na doutrina a inexigibilidade do reconhecimento de uma personalidade do empregador independente dos membros que o constituem, pois não se exige uma qualidade especial das entidades para que figurem como empregadoras, bastando que, de fato, se “utilizem da força de trabalho empregaticamente contratada.”⁷⁶

Com efeito a doutrina reiteradamente apresenta ao lado das pessoas naturais e jurídicas a figura de um “ente despersonalizado” ou, somente, “ente”, apontando para a prescindibilidade da personalidade para se figurar no polo patronal da relação de emprego, em outras palavras, a despersonalização do empregador.

Ratifique-se que não se confunde a despersonalização do empregador com a subjetivação da empresa. Esta entende a empresa como sujeito de direitos e obrigações na relação de emprego. Aquela, alcançando não apenas a empresa, mas todo ente despersonalizado, como a família, o condomínio e a massa falida, confere-lhes a qualidade de empregadora, apesar de carecerem de personalidade jurídica.

2.3. Da Despersonalização do Empregador

Em adição aos temas da subjetivação da empresa e da despersonalização do empregador, cumpre tratar, em apartado, do aspecto da despersonalização do empregador, que importa especialmente à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, por já ter sido sustentado que a

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 684.

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 391.

referida despersonalização é, em sede trabalhista, substituto próprio e efetivo ao expediente da desconsideração.

Consigne-se, desde logo, que a despersonalização do empregador se infere dos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho⁷⁷. Trata-se de fenômeno pelo qual se permite a alterar a figura do empregador, sem prejuízo da relação laboral, como será, a seguir explicitado, cotejando-se tal fenômeno com a técnica da desconsideração.

2.3.1. O Fenômeno da Despersonalização do Empregador e a Teoria da Desconsideração

Explicando o fenômeno da despersonalização do empregador, preconiza Bianca Bastos que:

Estabelecem-se, com este fenômeno, características que permitem alterar uma das partes contratantes, a figura do empregador. Se o empregado não se fixa peremptoriamente à pessoa do contratante, sua alternância não interfere com a substância da relação contratual. Permanece o contrato, ainda que alterada a propriedade ou estrutura da organização empresarial, como expressamente previsto nos arts. 10 e 448 da CLT.⁷⁸

Assim, referida despersonalização implica na restrição do critério da pessoalidade do contrato de trabalho tão somente à figura do empregado, sendo, no polo patronal, irrelevante a alteração do empregador. Anote-se, porém, que se trata de regra que encontra exceção, como, por exemplo, nos contratos de trabalho contraídos com empregador em firma individual, nos quais a pessoalidade alcança também a pessoa do empregador, ante a relevância do indivíduo patronal à relação de emprego, personalíssima em ambos os polos.

⁷⁷ Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

⁷⁸ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011, p. 54.

No sentido da fluidez do polo patronal, ou da “despersonalização da figura do empregador”, delibera Maurício Godinho Delgado:

[...] a personalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador, ao contrário, prevalece aspecto oposto, já que vigente no Direito do Trabalho **a diretriz da despersonalização da figura do empregador**. Em consequência, pode ocorrer na relação empregatícia, a constante alteração subjetiva do contrato – desde que no polo empresarial –, mantendo-se em vigor as regras contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado. É o que se prevê, a propósito, nos arts. 10 e 448 da CLT, que tratam da chamada sucessão trabalhista.⁷⁹ (destaque do autor)

Explicado o fenômeno da despersonalização, cumpre discorrer que o tema tem relevo ao estudo da desconsideração, pois já foi apresentado pela doutrina como o legítimo meio de responsabilização do sócio pelas dívidas da sociedade em seara juslaboral, tendo-se afirmado, ainda, ser este o meio adequado para tanto, em exclusão à própria técnica da desconsideração, considerada como instituto estranho ao Direito Trabalhista.

Nesse sentido, a tese da Desembargadora Bianca Bastos, que sustenta a despersonalização como instrumento justralhista próprio de responsabilização dos sócios de empresa empregadora:

Pelo contrário, a preservação do direito do trabalhador impõe solução teórica consistente, que não fique atrelada a pressupostos que se incompatibilizam com o direito laboral. E é por isso que defendemos a despersonalização trabalhista como instrumento adequado ao redirecionamento da execução ao sócio de responsabilidade limitada que se torne ilimitadamente responsável pelo crédito trabalhista.⁸⁰

Aprofundando ainda mais a respeitável sugestão da despersonalização do empregador como via eleita à responsabilidade do sócio em

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 282.

⁸⁰ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011, p. 120.

âmbito trabalhista, em detrimento da aplicação da desconsideração em seara laboral, a autora prossegue:

Na obrigação trabalhista, a subjetivação secundária do devedor (contratante: empregador) possibilita a alternância desse sujeito contratual. Há alteração estrutural da obrigação, face à amplitude subjetiva que caracteriza um de seus elementos: seu sujeito passivo (o empregador, devedor). **O direcionamento da responsabilidade ao sócio importa na alteração da própria obrigação trabalhista e se justifica na despersonalização de seu sujeito passivo.** Esse raciocínio, aplicado à alteração estrutural da obrigação trabalhista embasada na subjetivação secundária do empregador, é necessário à compreensão do movimento pelo qual se realiza a extensão da responsabilidade do sócio originariamente dotado de responsabilidade limitada. Partindo desse entendimento, passa-se a ter como possível a vinculação do sócio, **sem a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.**⁸¹ (destaques adicionados)

Note-se, de fato, que o fenômeno da despersonalização do empregador é traço presente da relação de emprego, que insensibiliza o vínculo empregatício às alterações no polo patronal.

Contudo, a despeito das respeitáveis deliberações formuladas e o anseio a uma devida autonomia técnica do Direito do Trabalho, sem que este se veja forçado a adaptar para si institutos de outros ramos do Direito, necessário é fixar que o ramo trabalhista não nega o instituto da pessoa jurídica, o que seria uma ênfase, com devida vênia, exacerbada ao fenômeno da despersonalização.

Ademais, reconhecer a pessoa jurídica, como faz o Direito do Trabalho, é, necessariamente, reconhecer sua personalidade autônoma em relação aos sócios que a compõem, de modo que as obrigações da pessoa jurídica empregadora são atinentes a ela e estranhas às personalidades distintas dos sócios e administradores dessa pessoa jurídica.

⁸¹ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011, p. 126.

Não se diga, porém, intangível os bens dos sócios pela dívida social. Afinal, este é o escopo da técnica da superação, objeto do presente estudo. O que, com devida vênia, não se vê plausível é o entendimento de que a despersonalização do empregador torne difusas e indiferentes as personalidades dos entes morais e dos naturais que os constituem.

Pessoa jurídica e pessoa natural possuem existência inconfundível e a responsabilidade de cada uma perante as obrigações trabalhistas não decorre de uma indiferença do Direito do Trabalho às independentes personalidades de cada uma. Sendo o empregador uma pessoa jurídica, será esta a responsável pelas obrigações trabalhistas, alcançando-se apenas excepcionalmente a pessoa natural dos sócios ou administradores, por meio da Doutrina da Desconsideração.

2.4. Da Relação entre os Fenômenos da Subjetivação, Despersonificação, Despersonalização e a Desconsideração da Personalidade Jurídica

A finalizar o capítulo dedicado à figura do empregador, cumpre aclarar a relação entre os diversos temas oriundos de sua análise jurídica, relacionando os conceitos da subjetivação da empresa, da despersonificação e despersonalização do empregador, vinculando-os ao tema central do presente estudo que é a técnica da desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, reconhecendo-se a semelhança dos mesmos, faz-se, de rigor, necessária a distinção dos conceitos.

De certo, são todos elementos que desaguam na maior proteção ao crédito trabalhista, caracterizando um estuário que implica em uma maior garantia à satisfação das obrigações advindas da relação de emprego. Ademais, o simples fato de um instituto reforçar a outro evidencia que se trata de concepções distintas, pois algo não reforça a si mesmo.

Nessa perspectiva, consoante exposto, o art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao positivar a expressão “considera-se empregador a empresa”, preconizou, como mencionado na exposição de traço histórico, a subjetivação da empresa, pela qual não se concebeu a mesma como simples atividade econômica, mas efetivo sujeito dos direitos e deveres trabalhistas,

mesmo sendo destituído de uma personalidade jurídica reconhecida pelo Ordenamento.

Ademais, como exposto, tal técnica de imputação de obrigações e faculdades a certos agregados patrimoniais, apesar de excepcional, não se mostra extraordinária, afinal, é o que se passa no cotidiano, com os condomínios, massa falida e a família, todos entes sem personalidade. Diga-se, ainda, que tais entes, mesmo sem personalidade própria, podem, de acordo com forte amparo doutrinário, figurar como empregadores, bastando que venham a se valer da força de trabalho humano nos moldes empregatícios. É o que se apresenta como despersonalização do empregador.

Note-se, assim, que o empregador despersonalizado não se restringe à empresa subjetivada, por se verificar em casos diversos da atividade empresarial, como é o caso do contrato do empregado doméstico que pode aderir à família, ente despersonalizado no polo patronal, consoante supra exposto, ou a massa falida e condomínio, inclusive por força do exposto art. 2º, § 1º, da CLT, que afirma o caráter empregador às instituições dissociadas da finalidade econômico-lucrativa.

Também, importa pontuar que a subjetivação da empresa, apesar de criticada pela atual doutrina que se atrela à concepção funcional do instituto, alcança uma utilidade reconhecida, que desemboca, finalmente, na despersonalização do empregador. Como pondera Maurício Godinho Delgado, em assertiva já explorada, “de fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador.”⁸²

Com efeito, por força da despersonalização, pouco importará a alteração na titularidade da empresa, posto que as relações de emprego encontrar-se-ão enrustadas na mesma, com fulcro no art. 10 e 448, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, a cotejar o fenômeno da despersonalização do empregador com a desconsideração da personalidade da empresa, a despeito do exposto entendimento de alguns que os consideram mutuamente excludentes, sustenta-se que ambos, ao contrário, fortalecem-se no escopo de melhor garantir de garantia o crédito trabalhista. A sustentar o relacionamento simbiótico, manifesta-se Maurício Godinho Delgado:

⁸² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10ª ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 391.

Finalmente, a **despersonalização do empregador** tem despontado como importante fundamento para a **desconsideração do manto da pessoa jurídica**, em busca da responsabilização subsidiária dos sócios integrantes da entidade societária, em contexto de frustração patrimonial pelo devedor principal na execução trabalhista.⁸³
(destaques adicionados)

Em que pese o costumeiro acerto do citado doutrinador, ousa-se dele discordar apenas no que tange ao arrolamento do fenômeno da despersonalização como um fundamento da Teoria da Desconsideração, pois se entende que constituem institutos paralelos e inconfundíveis de responsabilização.

Enquanto a despersonalização configura hipótese legal de responsabilização direta de entes distintos do originariamente obrigado, a desconsideração é técnica que remedia casos em que a responsabilização direta se faz impossível em razão da personalidade autônoma, frustrando-se, no caso em concreto, a função social em razão da qual foi conferida a autonomia. Trata-se de doutrina distinta, que será devidamente discorrida no próximo capítulo do presente estudo.

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10ª ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 393.

3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Considerada a pessoa jurídica, por meio do estudo de sua natureza, conceito e efeitos que o Ordenamento Jurídico lhe confere, bem como sua qualidade de empregadora, na perspectiva específica do Direito do Trabalho, cumpre, tratar da teoria que viabiliza sua episódica desconsideração.

Conforme tratado na parte conceitual do instituto, a pessoa jurídica surge a fim de constituir personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem, tornando-se sujeito de deveres e obrigações independente dos membros que a integram. Essa distinção, que engloba também a separação patrimonial, incentiva a atividade econômica, principalmente por repercutir em uma limitação de riscos aos sócios da sociedade empresária.

Contudo, tal distinção entre os sócios e a sociedade pode vir a ser utilizada em detrimento à finalidade legítima a que foi conferida a personalidade jurídica, como se demonstra por meio dos exemplos a seguir mencionados, que retratam os casos precursores do expediente da desconsideração.

3.1. Da Origem Histórica da Teoria

Em levantamento histórico, a doutrina aponta dois precedentes jurisprudenciais da teoria, a saber, o caso estadunidense *Bank of United States versus Deveaux*, ocorrido em 1809, e a lide britânica *Solomon versus Solomon Co. Ltd.*, do ano de 1897. Considerado o pioneirismo de tais casos na aplicação da teoria, cumpre realizar breve exposição de ambas as lides e de que forma foi concebido o embrião da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

3.1.1. O Caso Bank of United States versus Deveaux

Ocorrida no ano de 1809, a lide surgida entre Bank of United States versus Deveaux, apontada por parte da doutrina como precursora da

desconsideração⁸⁴ deu-se em razão de Deveaux, um coletor de tributos do Estado da Geórgia, ter apreendido bens pertencentes ao Bank of United States, a saber, duas caixas contendo prata em seu interior, no montante total de US\$ 2.400 (dois mil e quatrocentos dólares), como forma de obter o adimplemento de uma obrigação tributária.

O banco insurgiu-se contra a apreensão e peticionou perante a Corte Federal do país, o que foi contestado pelo réu com preliminar alegação de incompetência do órgão judicante, com base no Artigo 3º, Seção 2ª, a qual fixava a competência material da jurisdição federal, pois sustentava que, no caso concreto, a questão não versava entre cidadãos de estados diversos.

Objetivando resguardar a jurisdição das Cortes Federais sobre causas adstritas às empresas, o juiz Marshall, à época, Ministro-Presidente do Tribunal Superior, asseverou ser devida a consideração da cidadania das pessoas naturais constituintes da instituição financeira e, assim, erguendo o véu da pessoa jurídica, reconheceu no caso a diversidade de cidadanias dos membros que a compunham, ratificando a competência do juízo federal no caso, sendo pioneiro na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

3.1.2. O Caso Solomon versus Solomon & Co. Ltd.

Consoante assinalado pela doutrina⁸⁵, o simbólico caso da jurisprudência britânica ocorreu na última década do século XIX, quando Aron Solomon, um produtor de botas, decidiu reestruturar o seu negócio, tornando-o uma sociedade de responsabilidade limitada, na qual figuraram, como sócios, ele, sua esposa, sua filha e outros quatro filhos, em cumprimento ao requisito legal da época de sete membros em uma sociedade.

Apesar de formalmente cumprido o requisito numérico, as quotas foram distribuídas de forma concentrada, pois das 20.007 (vinte mil e sete) cotas

⁸⁴ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89, v. 780, p. 47-58, out. 2000; e CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. Desconsideração da personalidade jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 45.

⁸⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979; e SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 89, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

sociais, 20.001 (vinte mil e uma) cotas foram destinadas a Solomon, competindo aos demais sócios as seis cotas remanescentes. Ademais, o trespasse necessário à reestruturação se deu com a venda do negócio pela quantia de £39.000 (trinta e nove mil libras), das quais £10.000 (dez mil libras) seriam ressarcidas ao sócio-vendedor Solomon na forma de debêntures, que gozariam de garantia hipotecária.

Ocorre, porém, que, posteriormente, importantes contratos da empresa foram rescindidos e esta, não conseguindo manter-se por meio de seus próprios recursos, recorreu a um empréstimo de £5.000 (cinco mil libras) concedido por Edmund Broderip, que também recebeu em troca uma debênture. No entanto, a empresa não obteve êxito em ressarcir o credor Broderip, que veio a pleitear a liquidação da companhia devedora.

Procedida a liquidação, apesar dos ativos da companhia comportarem a satisfação da dívida do credor hipotecário e sócio, Aron Solomon, eram tais recursos insuficientes ao ressarcimento do empréstimo concedido pelo liquidante Broderip, meramente quirografário, de modo que este último sustentou, em juízo, a irregularidade do título de Solomon, ante a ocorrência fraudulenta.

Tal tese foi primeiramente acolhida pelo juiz Vaughan Williams J., e posteriormente mantida pelo respectivo tribunal de apelação, entendendo que o sócio controlador havia agido em abuso à responsabilidade limitada da companhia, e que esta nada mais era, em essência, do que o próprio Solomon em forma distinta, estando reduzida a companhia à mera figura de agente do mesmo. A companhia foi, então, considerada pelos órgãos judicantes como um mito ou ficção, estruturada no intuito exclusivo de propiciar uma injustificada limitação da responsabilidade do sócio.

Ante o exposto juízo, foi assim determinado que Aron Solomon, sócio controlador da sociedade limitada, continuava pessoalmente responsável pelas obrigações da empresa, desconsiderando-se, assim, pioneiramente, a personalidade jurídica da mesma.

Cumpre explicitar que tal juízo restou, por fim, reformado pela Câmara dos Lordes britânica, a qual reconheceu no caso a boa-fé do controlador, evidenciada pela frustrada, mas patente tentativa do mesmo em sustentar a companhia deficitária por meio de seus próprios recursos. Não obstante, despontou-se o caso como importante precursor da Teoria da Desconsideração.

3.2. Do Desenvolvimento da Teoria

A despeito do precedente jurisprudencial estadunidense e inglês, foi na sistemática alemã que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi propriamente estruturada, em superação às construções eminentemente casuísticas do direito consuetudinário que deram, então, lugar a construções teóricas, imbuídas de generalidade e abstração.

Tais formulações acerca da “penetração” na pessoa jurídica, conforme expostas por José Lamartine Corrêa de Oliveira⁸⁶, podem ser basicamente divididas em três vertentes doutrinárias, a saber, a Teoria Subjetiva, a baseada na “jurisprudência de interesses” e, por fim, a de cunho institucional.

Quanto à Teoria Subjetiva, singulariza-se por duas características básicas: (i) a concepção unitária da pessoa jurídica, não discernindo entre as diversas espécies de pessoas jurídicas, e (ii) por eleger como requisito à medida excepcional da desconsideração um elemento subjetivo, especialmente o abuso de direito. Em tal vertente se insere Rolf Serick e, no âmbito nacional, Rubens Requião e Fábio Ulhoa Coelho.

Sobre a segunda vertente, é inspirada em uma denominada “jurisprudência de interesses”. Consoante tal perspectiva da desconsideração, “decisivos serão o sentido e o alcance da norma jurídica concreta relativamente a uma determinada unidade de imputação. Decisiva será também a consideração dos interesses dos credores e do equilíbrio a assegurar entre os vários credores.”⁸⁷ Destaca-se, também, que, para os partidários dessa concepção, “a pessoa jurídica é mero símbolo, abreviação construtiva para relações jurídicas complexas.”⁸⁸ Consequentemente, tal vertente distingue acentuadamente a pessoa natural e a pessoa jurídica, e ainda as diversas formas em que esta se organiza. “Basicamente, o problema é de aplicação de normas e, em caso de conflito de opção entre normas,

⁸⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 295.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Idem*.

de ponderação de normas.”⁸⁹ Em coerência a essa abordagem encontra-se a postulação casuística de Wolfram Müller-Freienfels.

A terceira proposta de aproximação à Teoria da Desconsideração, reconhece um valor próprio e institucional à pessoa jurídica, admitindo também a distinção efetiva entre a pessoa jurídica e os membros que a constituem. Contudo, assevera que “a pessoa jurídica é relativizada através de sua subordinação a princípios jurídicos superiores não-escritos, determináveis, porém, através de pesquisa que leve em conta a função do instituto, os tipos e a estrutura.”⁹⁰ Destarte, não se atendo a uma concepção unitária da pessoa jurídica, tal abordagem a analisa como uma “instituição da ordem jurídica e econômica contida por limites imanentes”. Note-se ainda que, para tal concepção “a transposição de tais limites configuraria *abuso do instituto*, e esse abuso seria determinável por critérios *objetivos*.”⁹¹ Dentro de tal concepção teórica encontram-se Rudolf Reinhardt, Peter Erlinghagen e, entre os juristas brasileiros, aproxima-se tal concepção àquela formulada por Fábio Konder Comparato.

Com vistas a extrair a fundamentação teórica da desconsideração da pessoa jurídica, passa-se à análise das principais formulações doutrinárias do tema, tanto no âmbito estrangeiro, com o tratamento das postulações dos alemães Rolf Serick, Muller-Freienfels, Rudolf Reinhardt, Peter Erlinghagen e do italiano Piero Verrucoli, quanto no âmbito brasileiro, com o estudo das obras de Rubens Requião, Fábio Konder Comparato e Fábio Ulhoa Coelho.

3.2.1. A Contribuição de Rolf Serick

É notório, no debate da desconsideração da personalidade jurídica, o trabalho do doutrinador alemão Rolf Serick, formulado na obra “*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*”⁹², de 1955, sendo considerado, por muitos, como o

⁸⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 295.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 296.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Traduzida ao espanhol sob o título “*Apariencia y Realidad em las Sociedades Mercantiles*”, Barcelona: Ariel, 1958, tradução que consideraremos para a exposição a ser realizada sobre a doutrina de Serick.

fundador da moderna Teoria da Desconsideração ⁹³, considerando-se que, anteriormente a ela, a desconsideração se manifestava basicamente mediante decisões jurisprudenciais esparsas e sem um esforço teórico consolidador.

Nessa pioneira obra, o doutrinador conduziu uma análise indutiva baseada nas jurisprudências estadunidenses e alemãs, elaborando ao fim de seu estudo uma proposição unitária da desconsideração da personalidade jurídica. Desse caráter unitário da doutrina de Rolf Serick, entenda-se a pretensão do autor em elaborar, com sua teoria, uma sistemática de desconsideração aplicável a toda a generalidade de casos concretos.

Para tanto, Rolf Serick adota também uma visão unitária da pessoa jurídica, a qual, no seu entendimento, apesar por ser uma entidade criada pelo ordenamento, possui um valor próprio, uma “essência pré-jurídica”, tal como disposto pelos realistas-técnicos, essência essa compartilhada por todas as espécies do instituto. Nesse sentido, como explica COMPARATO, “não há dúvida, no entanto, que ao falar em valor próprio da personalidade jurídica, aproxima-se (Rolf Serick) das teorias realistas da pessoa jurídica, criando por assim dizer um realismo normativo que acaba por desembocar no unitarismo supramencionado.”⁹⁴ (parêntesis adicionado)

Aliás, conforme pondera OLIVEIRA:

A grande ambição da obra de Serick foi mesmo a de, com preservação de uma noção unitária da pessoa jurídica de Direito Privado, abrangente das várias modalidades, estabelecer princípios gerais que, de modo seguro, claro, certo, determinassem os casos em que se pudesse e devesse ignorar o princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro.⁹⁵

⁹³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 296-297. “A referência feita por Eckard Rehlinger e que mencionamos [...], indicando Serick como fundador da moderna teoria do *Durchgriff*, justifica-se. À época do trabalho de Serick, pouca coisa ou quase nada existia, na doutrina alemã, que representasse tratamento específico do tema. Existia a conferência de Martin Wolff, proferida e publicada em inglês [...]. Existia a obra de Heinz Rhode, publicada em 1932.”

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 454.

⁹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *op.cit.*, p. 299.

Explanado inicialmente o traço unitário da doutrina de Rolf Serick, cumpre também explicitar a convicção do autor quanto à excepcionalidade da desconsideração, asseverando que, em princípio, a pessoa jurídica é nitidamente distinta de seus membros.

Assim, reconhece o autor apenas excepcionalmente a possibilidade do afastamento dessa autonomia, como ocorre nos julgados analisados, concluindo que tais decisões “constituem exceção à regra, pois a regra é o respeito ao princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro.”⁹⁶

Quanto ao cerne do estudo jurisprudencial, Rolf Serick discerne nas decisões observadas a existência de duas vertentes pelas quais a estrutura formal da pessoa jurídica havia sido desconsiderada. A primeira delas, quando a desconsideração era aplicada na hipótese da pessoa jurídica ser utilizada abusivamente para fins ilícitos; a segunda vertente aplicava a superação com o objetivo de vincular determinadas normas à pessoa jurídica.⁹⁷

Quanto à primeira vertente de aplicação, privilegiada e entendida como correta por Rolf Serick, pressupunha a “identificação do elemento intencional na utilização fraudulenta da forma societária.”⁹⁸ Assim, se caracterizado o abuso da personalidade jurídica com vistas à realização da fraude, a desconsideração tornava-se necessária para a coibição do censurável mau uso.

Em relação à segunda vertente da jurisprudência da desconsideração, submetia-se a uma perspectiva objetivo-institucional e promovia a desconsideração quando a pessoa jurídica tornava-se óbice à aplicação de uma norma jurídica, sendo a personalidade utilizada como meio contrário aos estatutos, à função ou ao objetivo da pessoa jurídica, de modo que a desconsideração tornava-se necessária, nesses casos, para o cumprimento da própria *ratio legis*.

Apesar de identificar essas duas vertentes da jurisprudência da desconsideração, o autor reconheceu a existência de uma inconveniente contradição nos diversos julgados compilados, constatação essa razoável posto que

⁹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 299.

⁹⁷ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241.

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 455.

antes de sua obra praticamente nenhum esforço havia sido realizado no sentido de sistematizar coerentemente a Teoria da Desconsideração.

Não obstante, Rolf Serick foi capaz de discernir, ao final de seu estudo, quatro princípios que sintetizariam, a seu ver, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, traduzindo postulados comuns a ambas as vertentes e, por isso, de âmbito genérico. Estruturou, assim, um método unitário à aplicação da teoria, por meio dos seguintes princípios:

Primeiro Princípio

Se a estrutura formal da pessoa jurídica for utilizada de maneira abusiva o juiz poderá desconsiderá-la para que fracasse o resultado contrário ao Direito, para o qual prescindirá da regra fundamental que estabelece uma radical separação entre a sociedade e os sócios. [...] Existe um abuso quando, com ajuda da pessoa jurídica, burla-se uma lei, quebram-se obrigações contratuais ou prejudicam-se fraudulentamente terceiros.⁹⁹

Em explicação a esse primeiro princípio, Rolf Serick sustenta ser superável a autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios, pois a sociedade só deve ser autonomamente reconhecida quando se move dentro dos fins para os quais foi criada.¹⁰⁰

Pondera que toda pessoa jurídica tem sua atuação determinada pelas pessoas naturais que se encontram sob si e que, quando estas perseguem, através da sociedade, finalidades ilícitas, violando os limites fixados pelo ordenamento, a radical separação entre a sociedade e os sócios também perde sentido, pois quem intenta em utilizar abusivamente da forma da pessoa jurídica para fins ilícitos não merece nenhuma proteção.¹⁰¹

Atenta, no entanto, ser comum, aos casos de abuso, que a pessoa jurídica esteja aparentemente atuando em conformidade com o ordenamento jurídico,

⁹⁹ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241-242 (tradução livre). “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. [...] Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.”

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 242.

¹⁰¹ *Idem*.

pois o uso abusivo da personalidade jurídica só se evidenciará quando consideradas as pessoas naturais que constituem a sociedade e se encontram, por ela, enrustidas. Tal aspecto é posteriormente enfatizado na obra de COELHO, sendo por ele denominado como “o pressuposto da licitude”.¹⁰²

Rolf Serick identifica, também, que as persecuções de finalidades ilícitas promovidas por essas pessoas naturais através da pessoa jurídica configuram, em essência, um abuso da forma da sociedade, ao qual o ordenamento jurídico não deve tolerar, sendo medida de rigor o alcance dos sócios, pois quem abusa da forma da pessoa jurídica, na realidade, desestima essa mesma instituição.¹⁰³

Em relação a esse abuso de forma da pessoa jurídica, discorre configurar-se sempre que, com ajuda da pessoa jurídica, burle-se uma lei, descumpram-se obrigações contratuais ou se prejudique fraudulentamente a terceiros.

Entre os diversos exemplos de abuso arrolados pelo autor, alguém estará a abusar da personalidade jurídica quando o imóvel de uma sociedade imobiliária vier a ser transmitido mediante a cessão de todas as participações sociais da sociedade (e não pela transmissão do bem), por haver assim convencionado as partes, e o alienante das participações, no intuito de se opor à demanda do adquirente fundada em defeitos no imóvel, alegue que se havia limitado ao compromisso de transmitir as participações sociais e não a alienar imóvel algum. Note-se no caso, que apesar da transmissão ter se operado pela transferência das cotas sociais, o intuito do negócio não era o controle social, mas tão somente um bem imóvel.¹⁰⁴

Em outro caso, cita o doutrinador que um Estado pode abusar da forma da pessoa jurídica sem possuir qualquer participação na sociedade, ou poder de controle sobre ela, quando, por exemplo, pretenda a expropriação de um bem de uma pessoa jurídica situada no estrangeiro. Nesse caso, sua pretensão encontraria obstáculo no Princípio da Territorialidade, pelo qual a intromissão do Estado na propriedade privada tem eficácia limitada ao seu território. Contudo, tal não se daria

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 42.

¹⁰³ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 242.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 244-245.

se o Estado procedesse à privação do patrimônio, não da pessoa jurídica, mas dos seus sócios, adquirindo, por fim, o controle da sociedade e, através dela, a propriedade do imóvel no estrangeiro.¹⁰⁵

Segundo Princípio:

Não basta alegar que, ao não se descartar a forma da pessoa jurídica, não se poderá alcançar a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico. No entanto, quando se trata da eficácia de uma regra do Direito societário de valor tão fundamental que não deva encontrar obstáculos nem de maneira indireta, a regra geral formulada no parágrafo anterior (Princípio Primeiro) deve sofrer uma exceção.¹⁰⁶

Após relativizar a radical separação entre a sociedade e seus sócios pela postulação contida no princípio primeiro, Rolf Serick, por meio do segundo princípio, reitera a autonomia da pessoa jurídica, por ser tal independência derivada da própria vontade do Legislador ao ter constituído as sociedades do modo como o fez, além do fato da consideração dessa autonomia ser imprescindível à segurança das relações jurídicas.¹⁰⁷

Afirma que a desconsideração da personalidade jurídica só pode ocorrer se verificado o pressuposto do referido abuso de forma, advertindo que a desconsideração desmedida causaria sérias reservas àqueles que, com boa-fé, presumem a autonomia da pessoa jurídica, segundo efetivamente positivada.

Nesse sentido, assevera ser inadmissível que se adotem medidas de penetração no substrato da pessoa jurídica para a realização da finalidade de uma norma de caráter geral, pois a sociedade e sua personalidade autônoma, conforme configuradas pelo Ordenamento, bem como aqueles que atuam segundo esse mesmo Ordenamento, devem ser acatados.

¹⁰⁵ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 245.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 246 (tradução livre). “No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.”

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 247.

Contudo, o autor destaca a necessária observância a alguns preceitos do Direito Societário. Tais preceitos referem-se a normas criadas para garantir que a pessoa jurídica de uma determinada classe possa cumprir plenamente as funções que lhe foram atribuídas, não tolerando o Legislador o óbice à consecução dessas finalidades normativas nem de uma maneira indireta.

Tal quadro configura, efetivamente, um aparente conflito normativo a ser resolvido pelo princípio da especialidade, no qual um princípio geral de Direito, a autonomia da pessoa jurídica, esbarra com uma norma especial de mesma classe, sem que, na maioria das vezes, o Legislador haja previsto o caso expressamente.

Explica que tal conflito só se configura em casos excepcionais, quando uma pessoa jurídica causa, por meio de outra, os efeitos jurídicos que o Legislador vetou que realizasse a primeira.¹⁰⁸

Note-se nesse caso, consoante destacado pelo autor, que prescinde a desconconsideração de um abuso de forma, elemento anteriormente requisitado pela primeira postulação. Nessa hipótese o que há é a isolada e suficiente premência em se observar a disposição de uma norma societária cogente.

Destarte, SERICK conclui que:

Quando resulta possível demonstrar que o legislador atribuiu a um preceito jurídico uma importância tão decisiva que quisera ver realizada em todos os casos, deverá respeitar-se semelhante vontade do legislador, mesmo que para isso seja necessário desprezar a forma da pessoa jurídica.¹⁰⁹

Por fim, o autor discorre, conferindo composição e coerência ao princípio discorrido, que tal reserva não é contraditória à afirmação nele contida de que não se pode desconconsiderar a personalidade jurídica simplesmente porque de outra forma não seria possível alcançar a finalidade de uma norma. Trata-se de simples conflito aparente.

¹⁰⁸ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 228 (tradução livre). “*Esto ha de atribuirse a que se trata de un conflicto que sólo se plantea en casos excepcionales de especial configuración, a saber, cuando una persona jurídica provoca por medio de otra los efectos jurídicos que el legislador no ha querido que pudiera realizar la primera.*”

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 249 (tradução livre). “*Cuando resulta posible demostrar que el legislador ha atribuido a un precepto jurídico una importancia tan decisiva que quisiera ver realizada su finalidad en todos los casos, deberá respetarse semejante voluntad del legislador aunque para ello sea menester desplazar la forma de la persona jurídica.*”

Isso porque, ora se trata de uma norma geral que não se refere à configuração da pessoa jurídica, ora se trata de uma norma específica que delibera sobre os traços definidores de uma determinada pessoa jurídica, e por isso imperativo para o funcionamento dessa entidade segundo o Ordenamento estabelecido.

Terceiro Princípio:

As normas que se baseiam em qualidades ou capacidades humanas ou que consideram valores humanos também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas quando a finalidade da norma for aplicável a essa classe de pessoas. Nesse caso poderá penetrar-se até os homens situados atrás da pessoa jurídica para comprovar se satisfaz a hipótese da qual depende a eficácia da norma.¹¹⁰

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar sobre o terceiro princípio em particular, traduz o enunciado como:

Aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas (normas) e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica.¹¹¹

Ao discorrer sobre o terceiro princípio, SERICK fixa previamente uma paridade entre as pessoas jurídicas e naturais, pois para o doutrinador:

O legislador criou a pessoa jurídica como um sujeito de direito do mesmo valor ou equiparável ao homem, que pode entrar em relação com ele em pé de igualdade, com base no ordenamento jurídico. De

¹¹⁰ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 251-252 (tradução livre). “*Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.*”

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 36.

isso resulta que, no fundamental, todas as normas que regem ao homem também devem ser aplicadas à pessoa jurídica.¹¹²

No entanto, reconhece haver exceções a essa paridade normativa, as quais não necessariamente ocorrem pelo simples fato de uma norma conter, em meio a suas disposições, previsões relativas a atributos humanos.

Para o doutrinador, faz-se necessário analisar a aplicabilidade de tais normas à luz da regra de direito em questão, bem como dos motivos legislativos de sua elaboração e da função atribuída a essa norma em meio ao Ordenamento jurídico¹¹³. Assim, apenas quando a finalidade normativa se mostrar incompatível com a finalidade da pessoa jurídica, é que há de se considerar inaplicável a norma¹¹⁴.

Quanto a essa análise de aplicabilidade, Rolf Serick propõe a seguinte metodologia. Primeiro, é necessário averiguar se é possível aplicar a norma à pessoa jurídica observando-se a compatibilidade entre a finalidade dessa norma e a dessa instituição. Em segundo lugar, deve ser averiguada a possibilidade de se imputar às pessoas jurídicas as qualidades e capacidades previstas nessa norma referente às pessoas naturais.

Observa o autor que, em muitos casos, é possível adaptar a qualidade humana à peculiaridade da pessoa jurídica; em outros, faz-se necessário determinar outro pressuposto à aplicação da norma à pessoa jurídica, porém, em ambos os procedimentos, deve ser conservada a finalidade da norma jurídica estendida.

De mesma forma, no que tange a referida finalidade da norma, há de ser fixado se tais pressupostos devem ser considerados em relação às pessoas que possuem o poder de controle sobre essa pessoa jurídica, ou àquelas que representam a simples maioria numérica no quadro societário.

¹¹² SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 252 (tradução livre). *“El legislador ha creado la persona jurídica como un sujeto de derecho del mismo valor o equiparable al hombre, que puede entrar en relación con el mismo en un pie de igualdad y sobre la base del ordenamiento jurídico; de ello resulta que, en lo fundamental, todas las normas que rigen para el hombre también deben ser aplicables a la persona jurídica.”*

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Idem*, (tradução livre). *“Sólo cuando la finalidad así comprobada del precepto de derecho no puede conciliarse con la finalidad de la persona jurídica en el sistema legal, ha de estimarse inaplicable la norma a las personas jurídicas.”*

Quarto Princípio:

Se a forma da pessoa jurídica é utilizada para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas envolvidas em um ato determinado, poderá ser descartada a forma dessa pessoa, quando a norma que se deva aplicar proponha que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não é apenas nominal, mas efetiva.¹¹⁵

Em outras palavras, como postula Fábio Ulhoa Coelho a respeito dos ensinamentos de SERICK, “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes.”¹¹⁶

A ponderação contida no quarto e último princípio da sistemática de Rolf Serick discorre a respeito de casos em que a autonomia da pessoa jurídica em relação aos sócios é utilizada no intuito de se ocultar uma efetiva identidade entre as partes.

Tal contexto propicia casos em que ocorrem conflitos de interesses, eminentemente quando venham a possibilitar que alguém figure como julgador em causa própria. Isso se dá, por exemplo, quando uma sociedade “A” tenha, em meio aos seus acionistas, um sócio e uma outra sociedade “B”, que seja por ele controlada. Assim, no caso de uma votação em que o referido sócio tenha de se abster por força da lei, sua participação na deliberação, por meio da sociedade “B”, caracteriza flagrante abuso posto que, através dessa pessoa jurídica, é burlada a finalidade legal do impedimento pessoal.

Finalmente, por todo o exposto, deve-se a Rolf Serick a sensível contribuição à teoria por meio de uma pioneira sistematização da desconsideração da personalidade jurídica, calcada nos quatro princípios discorridos, viabilizando maior critério na aplicação da teoria.

¹¹⁵ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 256 (tradução livre). “*Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.*”

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 36.

Sublinhe-se, ainda, a pretensão unitária da doutrina de Rolf Serick, que almejava a definição de uma teoria una da desconsideração frente à multiplicidade de casos de abuso da personalidade do ente moral.

Ressalta-se que, para tanto, valeu-se o autor de um tratamento também unitário da pessoa jurídica, abrangendo de forma similar a todas as espécies do gênero, além de reconhecer nela, pessoa jurídica, uma essência pré-normativa, acima das próprias deliberações normativas, o que é fundamental para a ulterior crítica de doutrinas posteriores em relação à ora discorrida.

Por fim, convém explicitar a ênfase dada pelo autor alemão quanto à existência do abuso de direito e da fraude, como requisitos à desconsideração. Tal ponto é fundamental na distinção da doutrina de Rolf Serick em relação à formulação doutrinária de COMPARATO, que, distintamente, fundamenta sua doutrina no poder de controle, como será, posteriormente, analisado.

3.2.2. A Contribuição de Wolfram Müller-Freienfels

Em incremento abordagem teórica da desconsideração da personalidade jurídica, em 1957, no texto *“Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht”*, o doutrinador, também alemão, Wolfram Müller-Freienfels, introduz uma perspectiva antiunitária da desconsideração, caracterizando-se como o maior crítico da doutrina de Rolf Serick na Alemanha, e inaugurando uma perspectiva atualmente dominante no país.

Nessa análise, Wolfram Müller-Freienfels fixa que as pessoas jurídicas não teriam um valor próprio, nem existiriam por si mesmas, sendo, consideradas pelo doutrinador, meramente, como “uma expressão cômoda, abrangente de determinadas unidades, ‘símbolo adequado’, síntese ideal de tipos, relações e normas, imagem de representação facilmente apreensível, abreviatura construtiva, conceito puramente técnico jurídico, [...]”¹¹⁷

¹¹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 359.

Sustenta, ainda, o doutrinador alemão, que a pessoa jurídica carece de tal modo de uma essência pré-jurídica que os próprios tipos de pessoas jurídicas “não são seres redutíveis a uma mesma espécie de unidade ideal.”¹¹⁸

Sobre essa concepção plural da pessoa jurídica, COMPARATO comenta:

A teoria de Müller-Freienfels postula não apenas um maior pluralismo externo na aplicação diferenciada das normas, mas também um pluralismo interno, com avaliação diferenciada dos diversos tipos de sociedade. **Defende assim um tratamento diferenciado das pessoas jurídicas segundo as diversas funções econômicas que desempenham.**¹¹⁹ (negrito adicionado)

Destaque-se, do trecho supramencionado, a divergência do autor com a postulação de Rolf Serick, que considerava uma perspectiva unitária da pessoa jurídica, não discernindo as peculiaridades de cada espécie do instituto, como faz Wolfram Müller-Freienfels.

Não obstante, o autor ainda rechaça a existência de *identidade* entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, apontando existir apenas uma noção de simples *analogia*. Assim, também discorda de Rolf Serick quanto à aplicação, via de regra, de todas as normas atinentes aos seres humanos às pessoas jurídicas, em crítica ao “terceiro princípio”, anteriormente tratado.

Nesse sentido, o doutrinador entende que a capacidade de direito das pessoas jurídicas tem como campo de atuação típico a esfera dos direitos patrimoniais, sendo totalmente diversa a abordagem empreendida pelo Direito às duas espécies de pessoas. Discorrendo sobre essa diversidade de tratamentos, segundo o entendimento de Wolfram Müller-Freienfels, OLIVEIRA expõe:

No caso dos seres humanos, trata-se primariamente de fazer com que a ordem jurídica permita e facilite a proteção e o desenvolvimento do ser humano, unidade espiritual-corporal. No caso da pessoa jurídica, ao contrário, considerações como a

¹¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 360.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 457-458.

necessidade de assegurar massa patrimonial que possa de modo suficiente responder por dívidas no interesse dos credores, bem como clara, compreensível regulamentação dos problemas de atribuição e imputação no interesse do público, ou como a preocupação com a proteção das minorias e a prevenção e eliminação de conflitos de interesses desempenham o papel principal.

Ademais, em contraste à perspectiva unitária de Rolf Serick em relação à pessoa jurídica, a qual possuiria uma essência pré-normativa, Wolfram Müller-Freienfels sustenta um relativismo normativo da subjetividade da pessoa jurídica, entendendo que a “pessoa jurídica, concebida como um centro de imputação de normas, é sustentável como tal apenas na medida em que o escopo de cada regra o permita”¹²⁰.

Dessa forma, a personalidade da pessoa jurídica e sua consequente autonomia patrimonial possuem um contorno mais fluido, pois “respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina”¹²¹.

Note-se que o doutrinador privilegia como requisito à desconsideração o objetivo de uma norma concreta, restando, assim, prescindido o elemento subjetivo da intenção dolosa ou fraudulenta erigido por Rolf Serick. Anote-se, porém, que o autor não rejeita o abuso ou a fraude como evidências justificadoras à desconsideração, apenas não os arrola como requisitos inexoráveis ao expediente da superação da personalidade jurídica.

Assim, “é a *ratio* de cada norma específica que vai indicar até onde a norma alcança, se a norma regula ou não determinada relação jurídica”¹²², ou ainda se uma determinada norma, perante um caso concreto, urgirá da desconsideração para o cumprimento de sua finalidade. Destarte, estabelece Wolfram Müller-Freienfels que “a ideia de **ordem pública** e a de **finalidade da norma** devem ser

¹²⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 456.

¹²¹ *Ibidem*, p. 457.

¹²² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 364.

desde início os critérios a dominar toda a discussão do problema [...].”¹²³ (destaque adicionado).

Pelo exposto, pode-se concluir que, para o autor, a desconsideração da personalidade jurídica, mais do que uma de conteúdo material que prescreve hipóteses fáticas que permitem a superação, representa, na realidade, uma técnica de **interpretação e aplicação das normas**, que viabiliza uma mensuração diferenciada da personalidade segundo os diversos dispositivos normativos, pois:

A solução adequada de toda a problemática depende de uma análise da finalidade objetiva da norma específica, vista no quadro da ordem jurídica, econômica e social, e de seus princípios básicos. A análise deve levar em conta também a função da norma e a opção quanto a interesses feita pelo legislador, tudo isso sob o ângulo da hierarquia de valores da respectiva norma jurídica.¹²⁴

Como síntese à doutrina de Wolfram Müller-Freienfels, consoante exposto por COMPARATO, “esse posicionamento permite uma visão menos rígida da desconsideração, que passa a incluir não apenas situações de fraude, mas, também, quando necessário, situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica.”¹²⁵

3.2.3. A Contribuição de Rudolf Reinhardt

Convém aclarar, inicialmente, que o estudo de Rudolf Reinhardt sobre a desconsideração é atrelado à sociedade unipessoal, cuja personalidade jurídica e licitude são admitidas pelo ordenamento alemão. Contudo, sustenta a possibilidade da extensão de suas conclusões às sociedades em geral, pois:

É verdade que haveria diferenças a estabelecer, por exemplo entre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a sociedade

¹²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 364-365.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 367.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 457.

anônima, dada a maior complexidade organizacional desta última [...]. Essas diferenças de pormenor, porém, não alteram fundamentalmente o quadro.¹²⁶

Isso posto, destaca-se que o trabalho de Rudolf Reinhardt¹²⁷ distingue-se das doutrinas anteriormente analisadas pela introdução de uma fundamentação peculiar à desconsideração, que se calca em duas características, quais sejam: (i) o reconhecimento da pessoa jurídica como um ente autônomo e (ii) a convicção de que o abuso dessa personalidade é constatável por meio de um critério objetivo, qual seja, a violação de “princípios jurídicos superiores”. Dessa concepção, anota OLIVEIRA:

De um lado, separa-se da posição de Müller-Freienfels pela circunstância de reconhecer valor próprio e institucional à pessoa jurídica, sem resvalar para o terreno da ficção; de outro lado, e ao contrário do subjetivismo de Serick, entende que o abuso do instituto “pessoa jurídica” é configurável através de critérios objetivos, determináveis através da referência a princípios jurídicos superiores.¹²⁸

Ao formular sua concepção da Teoria da Desconsideração, Rudolf Reinhardt conclui, também, pela existência de duas esferas de aplicação da superação. A primeira delas diz respeito à simples aplicação de uma norma, cuja eficácia é obstada pela personalidade de um ente moral. A segunda esfera de aplicação implica na responsabilização do sócio por uma obrigação da pessoa jurídica, expediente que requereria como pressuposto, a seu ver, a violação a um princípio cogente do ordenamento.

Tais conclusões são organizadas, pelo autor, mediante a formulação de dois princípios, cada um tratando respectivamente de uma das ponderações percorridas. Sobre essas postulações, observa OLIVEIRA:

¹²⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 370.

¹²⁷ REINHARDT, Rudolf. Gedanken zum identitätsproblem bei der Einmannngesellschaft. In: *Festschrift für H. Lehmann*. Berlin, De Gruyter & C., e outras editoras, 1956. Band 2.

¹²⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, *op. cit.*, p. 368.

A distinção estabelecida por Reinhardt entre os casos que regula pelo seu **primeiro princípio** (em que reconhece pura e simplesmente a identidade entre sociedade e sócio único, para fins de aplicação de uma norma) e os casos que regula pelo seu **segundo princípio** (em que investiga o fundamento jurídico especial da descoberta de um responsável adicional, fundamento que encontra na noção de *ordem pública*, e na de infringência de *deveres de organização*), corresponde à distinção entre *Durchgriff* e *Haftungsdurchgriff*, ou seja, entre a *penetração* em sentido amplo, e essa mesma *penetração* quando utilizada com o fim de atribuição de *responsabilidade*.¹²⁹ (destaques adicionados)

Assim, em maior detalhe, o primeiro princípio formulado por Rudolf Reinhardt atenta a um aspecto patente na sociedade unipessoal, qual seja, a acentuada dependência e identidade entre a pessoa jurídica e o seu sócio único. Assim, a acentuada vinculação entre o ente moral e o natural não justificaria uma distinção entre um e outro, de modo que devem ser tratados pelo Ordenamento como se fossem uma unidade. Nesse sentido, expõe Correa:

O primeiro princípio leva a um reconhecimento da peculiaridade da sociedade unipessoal: a espécie de ligação jurídica e econômica do sócio único a sua sociedade e o poder e dependência que daí decorrem produzem o efeito de que a sociedade unipessoal e seu sócio devem ser tratados, na aplicação de determinadas normas jurídicas, dada a finalidade de tais normas, como uma *unidade*.¹³⁰

Ademais, também à luz do primeiro princípio, se a sociedade tem atuação vinculada à vontade de um único sócio, perdem importância as disposições legais que tratam de conflito de interesses entre sócios e, em contrapartida, adquirem acentuada relevância as normas que se destinam a proteger terceiros, eminentemente, os credores, pois:

As peculiaridades de uma tal sociedade conduzem a uma alteração no que concerne à problemática realmente relevante. Deixa de ser

¹²⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 373.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 368.

importante a temática do relacionamento entre maioria e minoria ou a da exclusão do direito de voto em caso de conflito de interesses entre sociedade e sócio. Tudo isso perde sentido. As normas destinadas a proteger o interesse do sócio perdem seu interesse. Ganham, porém, significado, as normas destinadas a proteger a segurança do tráfico jurídico ou os interesses dos credores: de modo especial, as normas reguladoras da integralização e conservação do capital, do registro, da prestação de contas, da publicidade.¹³¹

Quanto ao segundo princípio, referente à responsabilização do sócio por obrigações da sociedade, Rudolf Reinhardt admite a imputação apenas nas hipóteses em que se constata o elemento objetivo da contrariedade a princípios gerais preconizados pelo Ordenamento. Afasta-se, assim, do aspecto subjetivo da sistematização proposta por Rolf Serick. Sobre tal postulação objetiva, OLIVEIRA expõe:

O segundo princípio por ele formulado diz respeito ao problema específico de responsabilidade, de atribuição de dívidas. Só quando ocorra *fundamento jurídico* especial é que Reinhardt justifica essa extensão de responsabilidade da sociedade ao sócio único e vice-versa. Entre os possíveis fundamentos desempenha importante papel a invocação da *ordem pública*, no sentido de proteção de determinados princípios gerais de ordenação da economia, e o reconhecimento de especiais *deveres de organização* derivados da situação de poder do sócio único. (destaques do autor)

Destarte, a penetração da pessoa jurídica não se atém à reflexão subjetiva de uma conduta abusiva do sócio. Pelo contrário, preconiza uma concepção objetiva, adstrita a uma reflexão sobre a norma, a qual, sendo cogente, de ordem pública, poderá irradiar efeitos que desconsiderem a personalidade jurídica, alcançando os sócios sob ela situados.

Ante o exposto sobre a doutrina de Rudolf Reinhardt, destaca-se a proposta de um critério objetivo à Teoria da Desconsideração. Tal intento, independentemente da discussão sobre a acuidade do elemento objetivo eleito (a

¹³¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 369.

violação às normas de ordem pública), é de considerável contribuição à teoria, pois ameniza a dependência da aplicação do expediente ao pressuposto subjetivo, de difícil comprovação prática.

Empenho em direção similar será oportunamente abordado na exposição da doutrina formulada por Fábio Konder Comparato, que elege um critério diverso, mas também objetivo, à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

3.2.4. A Contribuição de Peter Erlinghagen

A abordagem teórica de Peter Erlinghagen à Teoria da Desconsideração é formulada na obra *“Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschluss-Klausel im Aktienrecht”*, de 1960, na qual o autor também busca elaborar um tratamento unitário à desconsideração da personalidade jurídica.

É interessante atentar que, ao contrário das demais postulações a respeito da desconsideração, Peter Erlinghagen sustenta que a pessoa jurídica tem uma atuação de tal modo adstrita à lei que, sempre que se verifique uma conduta que extrapole os limites legais, na realidade, não houve uma ação da pessoa jurídica, propriamente dita, mas dos indivíduos que atuaram enrustidos sob o manto da personalidade jurídica. Afinal, “sempre que se admita a penetração, isso significará em verdade que não há pessoa jurídica presente: o grupo ultrapassou os limites imanentes da pessoa jurídica.”¹³²

Ao tratar desses “limites imanentes” da pessoa jurídica, Peter Erlinghagen afirma que “os limites da personalidade jurídica derivariam das próprias finalidades em virtude das quais a ordem jurídica reconhece as pessoas jurídicas”¹³³. Assim, aproxima propositalmente sua doutrina da Teoria do Abuso de Direito, pois, em seu entendimento, ambas objetivam “estabelecer limites a partir de considerações finalísticas.”¹³⁴

¹³² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 379.

¹³³ *Ibidem*, p. 380.

¹³⁴ *Idem*.

Desenvolvendo o paralelo teórico entre a desconsideração e o abuso de direito, o doutrinador discorre que, em matéria de abuso de direito, existem duas concepções alternativas de abordagem, quais sejam, externa e interna (ou imanente), esta última sustentada por Peter Erlinghagen como correta, de modo que:

Deve-se distinguir uma concepção *externa* e uma concepção *interna* ou imanente. Para a primeira, o exercício de direitos (em si mesmo ilimitados) passa a ser, verificados determinados pressupostos, inadmissível e ilícito e, portanto, indigno de proteção pela ordem jurídica.

Para a teoria *interna*, ao contrário, o conteúdo de cada direito é em si mesmo determinado por sua função ético-jurídica e por sua função social; tais critérios estabeleceriam uma espécie de *fronteiras imanentes* de tal forma que o exercício de direito para além de tais fronteiras já não seria em verdade exercício, mas abandono de direito, ultrapassagem do direito. Haveria um limite imanente geral, determinado pelo princípio da *boa fé* e pela noção de *bons costumes*, e um limite imanente ao conteúdo de cada direito específico, determinado pela finalidade concreta da norma legal específica.¹³⁵

Em outras palavras, sustenta o autor que todo direito é balizado por limites internos que podem ser tanto de ordem geral (como a boa fé e os bons costumes), quanto de ordem específica (como a função social de um particular direito). Tais limites, gerais e específicos, seriam imanentes ao direito, de modo que, extrapolados quaisquer deles, não haveria sequer a existência do direito em tela.

Tal entendimento, aplicado à Teoria da Desconsideração, evidencia a distinção da abordagem de Peter Erlinghagen (concepção interna do abuso de direito) com a de Rolf Serick (concepção externa do abuso de direito), apesar de ambas se calcarem, pedindo-se vênias pela redundância, na Teoria do Abuso de Direito.

Com efeito, para Rolf Serick, a personalidade jurídica, mesmo utilizada em abuso, existiria, em “absolutização do instituto e o reconhecimento de vida própria à pessoa jurídica”, o que exigiria a aplicação da desconsideração como um expediente corretivo. Em contraste, para Peter Erlinghagen, que considera como

¹³⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 380.

imane os limites da pessoa jurídica, a conduta abusiva, em extrapolação aos referidos limites, implicaria automaticamente na inexistência da personalidade jurídica na prática desses atos, implicando na direta imputação dos agentes; é uma desconsideração da própria existência da personalidade jurídica nesses atos que extrapolam os limites imanentes do instituto. É o que observa José Lamartine Corrêa de Oliveira ao tratar das postulações dos dois citados autores alemães:

De maneira análoga, haveria uma teoria da penetração que corresponderia em sua formulação à visão externa do abuso de direito. Assim como a teoria externa do abuso de direito fala da ilicitude do exercício de um direito que, em si mesmo considerado, continua a existir, a correspondente de tal visão no plano da pessoa jurídica seria a visão de Serick que, embora afirme que são estabelecidas antecipadamente fronteiras que a pessoa jurídica não pode desrespeitar, atuando como pessoa jurídica fora delas, fala contraditoriamente em desconsideração, o que pressupõe que, em si mesma, a pessoa jurídica ainda subsista, embora atuando fora dos mencionados limites. A correspondente da teoria interna do abuso de direito seria, ao contrário, a admissão de que a pessoa jurídica, como forma jurídica que é, é determinada e limitada em seu conteúdo pela finalidade e função que lhe cabem dentro da ordem jurídica. Fora de tais limites seria a própria personalidade jurídica que não poderia ser reconhecida. Sem tal limitação imane haveria uma absolutização do instituto e o reconhecimento de vida própria à pessoa jurídica. Essa absolutização e esse reconhecimento de vida própria são indesejáveis: ou conduzem a resultados injustos ou a corretivos artificiais na linha da desconsideração.¹³⁶

Peter Erlinghagen destaca, ainda, que essa utilização da personalidade jurídica em conformidade com o “limite interno imane” da função social do direito, prescinde de uma ponderação subjetiva. Pois “a vulneração da ordem jurídica não é menos contrária a tal ordem pela circunstância de não ter sido

¹³⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 381.

intencional; intencional ou não, é inadmissível.”¹³⁷; ademais, “se, porém, a ordem jurídica só reconhece personalidade jurídica às pessoas jurídicas dentro de certos limites, deve ser totalmente irrelevante o saber se a ultrapassagem de tais limites foi feita voluntária ou involuntariamente.”¹³⁸

Anote-se, assim, que ao refutar uma ponderação subjetiva do abuso, Erlighagen aproxima-se da postulação objetiva de Rudolf Reinhardt, porém, aperfeiçoa-a na medida em que focaliza a abrangente ênfase na “ordem pública” de Rudolf Reinhardt, na específica função social do direito, conservando, o caráter objetivo do critério. Ademais, recorre Peter Erlinghagen a sólido fundamento à Teoria da Desconsideração ao alicerçá-la na Teoria do Abuso de Direito, aproximação essa que será posteriormente aprofundada.

3.2.5. A Contribuição de Piero Verrucoli

Em 1964, Piero Verrucoli publicou a obra *“Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law”*¹³⁹, na qual conduziu uma análise da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica à luz da jurisprudência e das leis dos Estados Unidos, da Inglaterra e de países da Europa Continental, no intuito de traçar um paralelo entre as aplicações da teoria nos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* e, por fim, explicitar as diferenças e semelhanças no tratamento da desconsideração nos dois sistemas.

Nesse esforço, ao analisar os precedentes firmados pelas decisões prolatadas em cada país, o autor concluiu que a maior distinção entre as duas vertentes jurídicas se dá no âmbito da exigência de requisitos teóricos e legais necessários à aplicação da superação.

Segundo Piero Verrucoli os sistemas jurídicos de tradição consuetudinária possuíam menor rigor na aplicação da desconsideração, prescindindo de uma prévia sistematização que balizasse objetivamente o instituto.

¹³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 383.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milão: Giuffrè, 1964.

Nesse sentido, apresentou o exemplo do Direito estadunidense, sobre o qual concluiu inexistir um efetivo empenho na elaboração de uma Teoria da Desconsideração, mas, tão somente, uma imposição de limites à sua aplicação, abordagem essa que propiciava, a cada caso, uma aplicação casuísta da desconsideração.

Versando sobre essa ampla flexibilidade da jurisprudência norte-americana, na aplicação da “*disregard of the legal entity*”, o doutrinador italiano apresenta as seguintes hipóteses de desconsideração naquele país:

- “interesses nacionais maiores ou de público interesse, também na presença de uma *incorporation* criada por motivos perfeitamente lícitos”;
- “objeto da *incorporation* ou sucessivo uso da forma corporativa em contraposição com uma política específica (“*policy*”: que deve ser considerada como diretrizes ou linhas gerais de definição) por parte do governo, ou seja, do poder central, seja no plano legislativo ou naquele administrativo”;
- “objeto da *incorporation* ou sucessivo uso direito da forma corporativa para praticar uma fraude”;
- “quando a responsabilidade limitada possa dar origem à *inequitable*”;
- “quando o superamento seja necessário para impedir a realização de uma injustiça em relação a todos os acionistas (ou do acionista único)”;
- “quando o superamento seja necessário para impedir a *intracorporate oppression* de alguns acionistas, isto é a suplantação de uma minoria por parte da maioria”;
- “quando o superamento seja necessário para determinar ou para recusar a jurisdição em uma controvérsia, ou para aplicar a doutrina da *res judicata*”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

Em contraposição à flexibilidade mencionada, postulou que, nos países de tradição romanística, tornava-se mais evidente o esforço em se estruturar uma Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, a fim de se estabelecer uma sistemática autorizativa do fenômeno. Como fruto desse empenho, apresentou o próprio trabalho de Rolf Serick, doutrinador anteriormente discorrido, de quem reconheceu a relevância das formulações elaboradas.

Também em cotejo aos dois sistemas, *Common Law* e *Civil Law*, Piero Verrucoli reconheceu como similaridade a perspectiva da personalidade jurídica como um privilégio estatal concedido aos membros que a constituíam, em especial, os sócios. Tal propositura se escorou na concepção da natureza da pessoa jurídica de Ascarelli, a qual entendia que as disposições relativas às pessoas jurídicas refletiam necessariamente em seres humanos, conforme anteriormente exposto.

Por esse prisma, o privilégio concedido pelo Estado aos membros da pessoa jurídica possibilita a formação de um ente distinto deles mesmos, viabilizando a limitação de suas responsabilidades. Sendo tal distinção um mero privilégio outorgado pelo Estado aos sócios, é inconcebível que a concedida personalidade jurídica possa servir como instrumento a situações injustas, opostas ao interesse do próprio Estado. Destarte, é razoável que a outorga da benesse seja acompanhada de mecanismos inibidores do uso indevido desse benefício, entre os quais se situa a desconsideração da personalidade jurídica concedida.

3.2.6. A Contribuição de Rubens Requião

Cabe a Rubens Requião a introdução da discussão da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito brasileiro, em conferência que veio a ser publicada no ano de 1969¹⁴¹. Nessa época, inexistia na doutrina e ordenamento pátrio uma satisfatória solução ao problema do abuso de direito e da fraude através da personalidade jurídica, o que causava um “problema de consciência” aos tribunais que se deparavam com tais situações.

Expondo o impasse, REQUIÃO confessara que:

¹⁴¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969.

Se por um lado propendíamos para a solução ética, repugnando-nos que o instituto da personalidade jurídica fosse usado para fins tão condenáveis, por outro lado estávamos condicionados pela lição corrente, de que o direito da personalidade jurídica é absoluto, não se podendo superar a distinção entre ela e seus componentes, nem negar a sua autonomia patrimonial.¹⁴²

A seguir, inspirado nos trabalhos de Piero Verrucoli e Rolf Serick, conduziu o doutrinador paranaense uma exposição da teoria estrangeira, dispondo sobre os julgados ingleses, alemães e estadunidenses, e demonstrando o embrionário tratamento da jurisprudência nacional ao tema, do que se nota que a contribuição principal do teórico nacional ao instituto da desconsideração “volta-se mais à divulgação da teoria, que propriamente ao seu aprofundamento”¹⁴³.

De qualquer modo, considerando-se o pioneirismo da tese à época, sustentava o autor a aplicação da teoria a despeito da carência de previsão legal explícita da Teoria da Desconsideração, o que poderia ser realizado com fundamento nos dispositivos atinentes à repressão a atos fraudulentos.

Tal tese foi amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência, que encontrou na Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica o necessário equilíbrio entre o extremo das soluções exclusivamente equitativas, que indiscriminadamente afastavam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica com a constante responsabilização dos sócios, e o extremo oposto dos julgamentos demasiadamente técnicos, que primavam exageradamente a separação subjetiva das sociedades.

3.2.7. A Contribuição de Fábio Konder Comparato

No ano de 1976, é publicada a obra “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, de Fábio Konder Comparato, instaurando o efetivo questionamento doutrinário da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito brasileiro. Nessa obra, o autor propõe uma nova parametrização

¹⁴² REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12.

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1989, p. 91.

da teoria, adequando-a ao Ordenamento pátrio, em distinção com a originária doutrina alemã.

Essa nova proposição teórica de COMPARATO motiva-se pela constatação da insuficiência da doutrina de Rolf Serick na explicação de determinados casos de desconsideração que ocorrem a despeito da inexistência de um expediente ilícito, pois constatou que casos há “em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude”.¹⁴⁴

Nesse sentido, cita o exemplo nacional do paradigmático artigo 8º, alínea e, do extinto Decreto nº 24.150, de 1934¹⁴⁵, e seu respectivo entendimento jurisprudencial, cristalizado pela Súmula nº 486, do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶, ainda vigentes.

Trata-se de hipótese em que o direito de retomada de imóvel pode ser exercido pela sociedade empresarial, concedendo-se a esta, ao relativizar sua personalidade autônoma, a prerrogativa pertencente à pessoa do sócio com participação predominante no capital social. Note-se, no caso recorrido, que a desconsideração efetivamente se dá na ausência de qualquer abuso de direito ou fraude à lei.

Assim, ao contrário da doutrina de Rolf Serick, sustentada também por Rubens Requião, Fábio Konder Comparato nega a fraude à lei ou o abuso de direito como pressupostos à aplicação da desconsideração, sustentando que o real critério de aplicação à teoria relaciona-se ao aspecto funcional da personalidade jurídica.

Nesse sentido, afirma o autor:

Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356.

¹⁴⁵ Art. 8º. A contestação do locador, além da defesa de direito que lhe possa caber, ou que se regulará pelos princípios gerais, ficará adstrita, quanto à matéria do fato, ao seguinte: [...] e) que o prédio vai ser usado por ele próprio locador, seu conjugue, ascendentes ou descendentes.

¹⁴⁶ Súmula nº 486. Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social.

consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.

É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso do direito e fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude, como, por exemplo, na interpretação ampliativa, feita pela jurisprudência brasileira, da norma constante do artigo 8º, alínea e, do Decreto 24.150, de 1934 [...].¹⁴⁷

Em seguida, melhor explanando sua ênfase no aspecto funcional do instituto, postula o doutrinador que toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais.

Em relação à função geral de personalização das coletividades “consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existências as pessoas físicas que lhes deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores.”¹⁴⁸

Quanto à função específica da pessoa jurídica, explica suas múltiplas manifestações, “conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais”¹⁴⁹.

Assim, assevera COMPARATO:

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de

¹⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Idem*.

invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.¹⁵⁰

Isso posto, inicia COMPARATO a elaboração de sua doutrina da desconsideração. Para tanto, organiza suas formulações mediante a análise da Teoria da Desconsideração em duas esferas distintas, a saber, a da responsabilidade do titular do controle *interna corporis* (na qual atenta aos elementos do desvio de poder e da fraude à lei) e a da responsabilidade do titular do controle *externa corporis* (em que contempla o aspecto da confusão patrimonial).

Quanto à esfera *interna corporis*, preleciona o autor que “a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima.”¹⁵¹

Dessa forma, o doutrinador discorre que haveria o referido desvio de poder na hipótese em que:

uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado. [...] Mas desvio de finalidade, esse compatível com a observância das regras de procedimento formal, que disciplina o exercício do poder, o que torna o ato particularmente perigoso, pela dificuldade em que se encontram os prejudicados de comprovar a ilicitude; o desvio de poder consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representado ato típico de *fraus legis*, e não *contra legem* [...].¹⁵²

Ainda em âmbito *interna corporis*, destaca o autor do desvio de poder o excesso de poder, “que ocorre quando o agente, embora perseguindo fins consagrados ou impostos pela ordem jurídica, interfere, não obstante, de modo mais do que necessário na esfera jurídica alheia.”¹⁵³

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 363.

¹⁵² *Ibidem*, p. 364.

¹⁵³ *Idem*.

Em relação a essa finalidade violada no caso do desvio de poder, ou indevidamente perquirida no caso do excesso de poder, COMPARATO afirma tratar-se, em verdade, de uma pluralidade de finalidades e objetivos, pois:

eles são de duas ordens: os intra e o extraempresariais. Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extraempresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa [...], com a supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito.¹⁵⁴

Destarte, na apreciação da responsabilidade *interna corporis*, o juiz, sempre que perante a uma situação de abuso, seja pelo desvio ou pelo excesso de poder, deve impor ao ato de fraude à lei a sanção de ineficácia abrangida na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sobrelevando, nesse campo “a função inquisitória do juiz, que não se deve contentar com as aparências, mas atentar sempre para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil (artigo 5º).”¹⁵⁵

Quanto ao âmbito *externa corporis*, sustenta o doutrinador a adoção de um critério objetivo à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, elegendo como tal a confusão patrimonial entre o sócio e a sociedade. Nesse sentido, conclui COMPARATO:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada, é portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.¹⁵⁶

Sobre a referida separação patrimonial, na perspectiva do doutrinador, revela-se como “indicador da existência de um centro autônomo de

¹⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 364-365.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 382.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 450.

interesses.”¹⁵⁷ Assim, constatada a confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade e, dessa forma, desrespeitada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, convém a sua desconsideração pelo Ordenamento, pois “se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.”¹⁵⁸

Contudo, apesar do intento do doutrinador em formular uma doutrina unitária e objetiva da desconsideração, ao fundamentá-la no elemento da confusão patrimonial, nota-se que permanece não alcançada a hipótese da desconsideração a favor dos sócios, prevista na citada súmula 486. Ademais, tal observação é feita por Calixto Salomão Filho, atualizador da obra do próprio Fábio Konder Comparato.

A respeito dessa falta de abrangência da doutrina de Fábio Konder Comparato, Calixto Salomão Filho explica que “a verdade é que no momento que se identifica na pessoa jurídica uma função unitária, torna-se bastante difícil, pelo menos do ponto de vista teórico, flexibilizar a desconsideração”¹⁵⁹, reconhecendo, assim, a intransponibilidade da doutrina objetiva de Fábio Konder Comparato em explicar de modo definitivo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

De qualquer forma, é inegável a contribuição do doutrinador ao aperfeiçoamento do instituto no Ordenamento pátrio. Tal mérito é reconhecido, inclusive, na obra de REQUIÃO, ao reconhecer que “parte da doutrina atribui ao Prof. Fábio Konder Comparato a contribuição traduzida no artigo 50, parágrafo único, do Código Civil.”¹⁶⁰

De fato, o mencionado dispositivo prevê, em observância às deliberações de COMPARATO, que “o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” é requisito ao expediente da desconsideração, explicitando-se, assim, a inegável influência e contribuição do autor à Legislação vigente.

¹⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 471.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 450.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 471.

¹⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. *Direito Comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 392.

3.2.8. A Contribuição de Fábio Ulhoa Coelho

Na doutrina brasileira, é considerável o esforço de Fábio Ulhoa Coelho no tema da desconsideração da personalidade jurídica. Iniciando seu estudo no tema por meio de monografia, aprofundou-o na obra *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, lapidando, ainda, sua concepção até a delimitação e organização da Teoria Maior e Menor da Desconsideração, e posterior supressão da última, no desenvolver de sua doutrina.

Nesse longo empenho, propõe o autor uma formulação subjetiva à superação da personalidade jurídica, elegendo como principal pressuposto de incidência da desconsideração a “*intenção* de usar, com fraude à lei, ao contrato ou aos credores, ou com abuso de direito, o expediente da separação patrimonial com vistas a prejudicar terceiros.”¹⁶¹ (destaque do autor)

Defende, no entanto, que os conceitos de fraude e de abuso de direito, “tal como tratados pela doutrina civilista, não são plenamente adequados aos conceitos referidos pela *disregard*, sendo necessário que se proceda a cortes”¹⁶².

Em relação à fraude, adéqua-a como:

o “artifício malicioso para prejudicar terceiro”, não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos. No tocante à possibilidade de se caracterizar *fraude*, prescindindo-se da intenção do agente e contando apenas com a sua consciência quanto aos efeitos danosos de seu comportamento.

Quanto ao abuso de direito, COELHO pondera que “somente será considerado, para fins de superamento da pessoa jurídica, como abusivo, o exercício intencionalmente irregular do direito, com vistas a prejudicar terceiro [...]”¹⁶³

Note-se das formulações sobre a fraude e abuso de direito acima discorridas, que COELHO sustenta uma perspectiva subjetiva da Teoria da

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 55.

¹⁶² *Ibidem*, p. 56.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 59.

Desconsideração. Contudo, importa salientar que não adere o doutrinador o extremo subjetivista de Rolf Serick, que defende, tanto no caso do abuso quanto no da fraude, a intenção em se causar um dano a terceiro; para COELHO, basta a sua consciência.

Assim, discorre o autor:

No meu entender, a ênfase dada por Rolf Serick ao elemento subjetivo é exagerada. Compreende-se que ele, tratando pela primeira vez de forma sistematizada de um tema que altera doutrina de raízes bastante profundas na tradição jurídica, tomasse algumas cautelas, com o intuito de acentuar a excepcionalidade da teoria então formulada. Hoje, porém, as mesmas cautelas talvez não se justifiquem mais.

Defendo, então, a ideia de incorporação, à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, das concepções de fraude e de abuso de direito, no seu tratamento mais moderno, em que o elemento intencional, de ordem subjetiva, já não tem a mesma importância. Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar. O desenvolvimento da teoria dos defeitos dos atos jurídicos e do abuso de direito tem se voltado, cada vez mais, na adoção de critérios objetivos.¹⁶⁴

Dessa forma, com a eleição da fraude e do abuso de direito como pressupostos à doutrina da desconsideração, o autor conclui que a superação da personalidade jurídica, salvo disposição contrária em lei:

não poderá prescindir da prova da intenção de provocar dano a terceiro, *ou* da consciência deste dano, através de meio ardiloso (fraude) ou do exercício irregular de um direito (abuso de direito). O simples advento de prejuízo a terceiros, sem estas características, não autoriza o desconhecimento da autonomia patrimonial.¹⁶⁵

¹⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 61.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 62.

Contudo, após o amadurecimento de seu pensamento, o autor assume a existência adicional de uma perspectiva objetiva da Teoria da Desconsideração, referindo-se explicitamente à já citada doutrina de Fábio Konder Comparato. Reconhece que essa vertente, ao eleger a confusão patrimonial como o pressuposto da desconsideração, facilita a tutela dos interesses dos lesados ao superar as dificuldades da vertente subjetiva no campo probatório.¹⁶⁶

Ainda, como reflexo da constante atualização e aprofundamento do autor nos estudos da Teoria da Desconsideração, Fábio Ulhoa Coelho, desenvolvendo suas formulações doutrinárias, chega a conclusão da coexistência de duas correntes de aplicação da referida teoria, quais sejam a Teoria Maior e Menor da Desconsideração, ao discorrer:

há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.¹⁶⁷

Quanto à Teoria Maior, é aquela que rotula as deliberações do doutrinador acima expostas, sendo aquela que o autor considera correta e alinhada aos preceitos e princípios basilares da personalidade jurídica, posto que serve para “preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.”¹⁶⁸

Em relação à Teoria Menor, trata-se de formulação reconhecida pelo autor, mas que por ele é censurada, ao discorrer que:

A teoria menor da desconsideração é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio

¹⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 43-44.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigação daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível à sociedade. Equivale, em outros termos, à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico.¹⁶⁹

Contudo, em adicional revisão aos seus estudos, Fábio Ulhoa Coelho suprime a anteriormente denominada Teoria Menor, ao descrevê-la, simplesmente como uma episódica aplicação incorreta da Teoria da Desconsideração na jurisprudência pátria. Justificando a superação de seu anterior entendimento, menciona:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.¹⁷⁰

Outro aspecto discernido por Fábio Ulhoa Coelho, em consonância com as postulações basilares de Rolf Serick, foi a percepção do que denominou de “pressuposto da licitude”, característica essencial da Doutrina da Desconsideração, que permite discerni-la de outras hipóteses de responsabilização. Nas palavras do autor, segundo esse pressuposto,

Cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exsurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. [...] Em outros termos, enquanto o ato é imputável à

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 46.

¹⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador.¹⁷¹

Explora, também, COELHO a possibilidade da ocorrência da chamada “desconsideração inversa”, quando ocorre o “afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.”¹⁷² Nesse caso, “a fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens.”¹⁷³ Trata-se, assim, de uma desconsideração da pessoa jurídica em sentido oposto, ao considerar o ente moral responsável pelas obrigações de seu sócio ou administrador, em direção contrária ao qual ocorre ordinariamente a extensão das obrigações pela técnica da superação da pessoa jurídica.

Do exposto, conclui-se o extenso estudo de COELHO à Teoria da Desconsideração e à sua aplicação no Direito pátrio, não apenas contemplando de forma crítica a aplicação da teoria pela jurisprudência, ao sustentar a supressão da aplicação do expediente nos moldes do que denominava de Teoria Menor, como também afirmando a possibilidade da aplicação inversa do instituto, em incremento à teoria.

3.2.9. As Considerações sobre a Diversidade de Teorias da Desconsideração da Pessoa Jurídica ao longo da História

Inicialmente, em reflexão à gênese da Doutrina da Desconsideração, cumpre discorrer que a teoria, de um modo sistematizado e organizado, foi originada por Rolf Serick mediante a análise de um conjunto de jurisprudências estadunidenses e alemãs, as quais conjugavam as mais distintas decisões, que conservavam, contudo, o denominador comum de uma superação da pessoa jurídica, com o alcance de aspectos atinentes aos membros que constituíam esse ente moral, seja seus sócios ou administradores.

¹⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

¹⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7.. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 45.

¹⁷³ *Idem*.

Tal abordagem conjugou assim uma diversidade de decisões, que abrangiam desde casos de abuso da personalidade para fins de fraude a credores como, também, casos relativos à guerra, em que uma sociedade viria a ser considerada inimiga, a despeito de seu registro nacional, se seus membros tivessem a nacionalidade de um país adversário. Mesmo diante dessa miríade de realidades, Rolf Serick, em esforço hercúleo, buscou formular princípios de alcance geral, os quais inevitavelmente vieram a sucumbir, mostrando-se insatisfatórios a uma explicação definitiva do tema.

Em razão dessa insuficiência da teoria original de Rolf Serick, diversos outros autores formularam aproximações distintas à desconsideração, por vezes indicando outros pressupostos ao expediente, de ordem objetiva, em substituição à fraude e ao abuso propostos por Rolf Serick; outras vezes, sugerindo, inclusive, uma abordagem completamente distinta ao tema, a exemplo do método interpretativo normativo de Wolfram Müller-Freienfels. Contudo, aparadas as arestas doutrinárias de cada propositura, é constatável a tendência da aproximação realizada pela doutrina entre a Teoria da Desconsideração e a Teoria do Abuso de Direito.

Nesse sentido, SERICK em seu “Primeiro Princípio”, fixou que “se a estrutura formal da pessoa jurídica for utilizada de maneira abusiva o juiz poderá desconsiderá-la”¹⁷⁴; Wolfram Müller-Freienfels, por sua vez, fixa que “a ideia de ordem pública e a de finalidade da norma devem ser desde início os critérios a dominar toda a discussão do problema”¹⁷⁵; Rudolf Reinhardt, como visto, “entende que o abuso do instituto ‘pessoa jurídica’ é configurável através de critérios objetivos, determináveis através da referência a princípios jurídicos superiores”¹⁷⁶; Peter Erlinghagen, em seu turno, delibera que a pessoa jurídica “é determinada e limitada em seu conteúdo pela finalidade e função que lhe cabem dentro da ordem jurídica”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241 (tradução livre). “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva el juez podrá descartarla [...]”

¹⁷⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 364-365.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 368.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 381.

Entre os autores nacionais, Rubens Requião reconhece “a concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo”, que adstringe explicitamente à Teoria do Abuso de Direito¹⁷⁸; COELHO elege como pressuposto ao expediente da desconsideração a “intenção de usar, com fraude à lei, ao contrato ou aos credores, ou com abuso de direito, o expediente da separação patrimonial com vistas a prejudicar terceiros.”¹⁷⁹

COMPARATO, por fim, apesar de formular postulação mais ampla, elegendo como requisito o desvio de função, não nega a aproximação do instituto da desconsideração com a Teoria do Abuso, ao discorrer que “a desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito.”¹⁸⁰

Com efeito, é possível salientar que tal aproximação doutrinária entre a Teoria da Desconsideração e a Teoria do Abuso indica um íntimo vínculo entre os institutos. Afinal, como destacado por Erik Gramstrup:

Quem abusa da personalidade jurídica, afasta-a dos objetivos legítimos para as quais foi concebido o ente moral. Quem abusa do direito, igualmente, pretexta exercê-lo, mas de fato o conduz a largo dos fins preordenados. Nisso há mais que mera afinidade; há autêntico parentesco.¹⁸¹

Anote-se que se recorre aqui à vertente objetiva do abuso de direito, consoante o critério finalista de Josserand, de cunho declaradamente social e teleológico, para quem, “o ato abusivo é o ato contrário à finalidade da instituição, ao seu espírito e à sua finalidade”¹⁸² Desse conceito destaque-se, ainda, a vinculação

¹⁷⁸ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 15.

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 55.

¹⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356.

¹⁸¹ GRAMSTRUP, Erik Frederico. O Supedâneo da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Tributário. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXVII, n. 94, nov. 2007, p. 63.

¹⁸² JOSSERAND, Louis. *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité: Théorie dite de l' Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1927, p. 370 (tradução livre). “L 'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.”

da Teoria do Abuso de Direito à Tese do Desvio de Finalidade, ou melhor, da contrariedade à essa finalidade, pelo exercício abusivo do direito.

No mesmo sentido, a conceituação de Cláudio Levada, para quem o abuso de direito “é a condenação do que contrarie os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ainda que sob o manto da legalidade estrita, em combate à amoralidade e ao positivismo que a justifique em nome de um suposto império da lei.”¹⁸³

E, ainda, a anotação de Marçal Justen Filho:

O abuso indica justamente a incompatibilidade entre o exercício de um direito subjetivo (utilizada, aqui, a expressão para indicar genericamente os poderes jurídicos) e os interesses coletivos ou supraindividuais em função dos quais o direito objetivo existe e os quais busca realizar.¹⁸⁴

De modo similar, cotejando a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica com a Teoria do Abuso de Direito, delibera REQUIÃO:

Quando o direito de atribuir personalidade ao ente abstrato é desviado de sua finalidade, qual seja, dar autonomia ao ente para que ele possa agir no mundo dos negócios independentemente e dissociadamente de seus membros com a agregação de esforços e patrimônios, cabe aos magistrados ignorar a sua personalidade. Desconsiderar-se-á o ente jurídico para alcançar as pessoas naturais que usaram abusivamente do direito à personificação, desviando-o de sua finalidade legal¹⁸⁵.

Nesse mesmo sentido, a asseveração de Marçal Justen Filho ao ponderar tal abuso como um defeito:

A desconsideração configura-se como um defeito de funcionalidade na atuação de uma pessoa jurídica. Passa a atuar conflitantemente

¹⁸³ LEVADA, Cláudio Antônio Soares, *Anotações sobre o abuso de direito*. [on line]. Disponível em <<http://www.professoramorim.com.br/home/dados/anexos/264.doc>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014, p. 5.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 42.

¹⁸⁵ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 22.

com a função a ela atribuída pelo direito. Esse “defeito” é que se encontra na raiz da desconsideração. O defeito de que se pode falar reside não na estrutura do ato jurídico específico, mas na atividade funcional desempenhada pelo sujeito que praticou tal ato. Há um conflito entre a função abstratamente delineada pelo ordenamento e a atividade funcional concretamente desempenhada pela sociedade personificada.¹⁸⁶

Em aprofundamento à concepção da superação como forma de abuso de direito, é pertinente a anotação de Ana Caroline Santos Ceolin, que discerne o abuso de forma da pessoa jurídica, com o abuso da limitação da responsabilidade, ambos pressupostos suficientes à desconsideração, consistentes em “duas espécies de abuso, cada qual relacionado a determinado direito.”¹⁸⁷

Em relação ao abuso da estrutura formal da pessoa jurídica, ocorre quando a pessoa jurídica tem como razão da sua existência a execução do intuito fraudulento de seu fundador. Tal se dá, por exemplo, no caso de indivíduos que, submetidos à cláusula de não concorrência, constituem sociedade e através dela empreendem a atividade a eles vetada, alegando a separação de suas identidades e da inoponibilidade do impedimento pessoal ao ente moral.

Quanto ao abuso da limitação da responsabilidade, “ocorre quando os sócios, que detém o poder de gerir ou de controlar a sociedade, passam a abusar do direito de limitar a responsabilidade, usando-o indiscriminadamente”¹⁸⁸. Nesse sentido, são hipóteses em que se configura essa espécie de abuso quando o sócio-gerente:

- (i) assume obrigações de grande monta em nome da sociedade, que sabidamente ultrapassam a capacidade patrimonial dela; (ii) faz nascer, por excesso de poder ou infração à lei ou aos estatutos sociais, o fato gerador de tributos imputáveis ao ente social; (iii)

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 69.

¹⁸⁷ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 37.

dissolve irregularmente a sociedade sem antes satisfazer os débitos sociais; entre várias outras.¹⁸⁹

Ainda quanto ao abuso da limitação da responsabilidade, urge destacar que “essa hipótese de abuso encontra-se regulada e sancionada por seu próprio instituto. Nesses casos, dispensa-se o uso da teoria da desconsideração e aplica-se o instituto da responsabilidade pessoal dos administradores”¹⁹⁰, posto que, conforme constatável nas hipóteses acima arrolada, todas advêm de conduta, ao menos, culposa dos gestores.

Diante do exposto, é possível concluir das diversas doutrinas da desconsideração anteriormente expostas que se evidencia em todas elas o elemento comum do fundamento teórico da superação sobre os alicerces da Teoria do Abuso de Direito. Isso porque tanto a fraude, aduzida por alguns, quanto o desvio de função, mencionado por outros, se traduzem no desvirtuamento da finalidade do instituto da pessoa jurídica, ou seja, no seu mau uso, ou abuso, para fins diversos daqueles aos quais a lei estabeleceu o instituto e, principalmente, o elemento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Quanto à diversidade dos pressupostos propostos pela doutrina, nota-se que todos objetivam discriminar sintomas desse desvio do instituto em relação à sua finalidade legal, ora mediante elementos subjetivos como a fraude ou o abuso em prejuízo a terceiros, ora mediante aspectos objetivos tais como a confusão patrimonial, ou princípios gerais.

Contudo, é mister destacar que as diversas proposições teóricas nunca se distanciam da tese de evidenciar por tais elementos a ocorrência de um abuso do direito da personalidade jurídica, ou melhor, um abuso de sua forma, a viabilizar, em coibição a esse desvirtuamento, o expediente da desconsideração.

¹⁸⁹ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 37.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 37-38.

3.2.10. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica entre outros Institutos Jurídicos de Responsabilização

Delineada a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, por meio da análise de sua evolução histórica e, finalmente, reconhecendo, em sua essência, a técnica de se coibir o abuso do direito da personalidade jurídica, torna-se conveniente discerni-la de institutos jurídicos diversos, mormente por serem, por vezes, apresentados pela doutrina, jurisprudência e pela própria lei de modo indiscriminado, em confusão de institutos.

Tal esforço encontra validade por propiciar um arcabouço crítico aos dispositivos legais atinentes à desconsideração que serão, em seguida, colacionados, a fim de se buscar base legal à aplicação da teoria no âmbito laboral.

Destarte, faz-se necessária a pontual menção de alguns conceitos jurídicos de responsabilização assemelhados, mas que não se confundem com a superação.

3.2.10.1 Teoria da Responsabilidade Civil

Primeiramente, cabe discorrer brevemente sobre a regra geral da responsabilidade civil, que “impõe a quem causa dano a outrem o dever de o reparar.”¹⁹¹ Tal comando encontra-se consubstanciado nos artigos 186 e 927, do Código Civil, pois “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (artigo 186) e “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (artigo 927).

Dos referidos dispositivos, nota-se válida a censura de Silvio Rodrigues, de que melhor seria se o referido artigo 186 não empregasse a expressão “violar direito”. Isso porque, nas palavras do mencionado doutrinador, “há hipóteses em que a lei ordena a reparação do prejuízo experimentado pela vítima

¹⁹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade Civil*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

ainda quando o comportamento da pessoa obrigada a repará-lo não envolve a violação da lei, como no caso de acidente de trabalho.”¹⁹²

Nesse contexto, a hipótese de responsabilidade objetiva, que delinea a responsabilidade independentemente de violação ao direito, bem como os casos do cometimento de atos lesivos não considerados ilícitos, como a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade, todas configurando hipóteses em que o agente, mesmo não agindo ilicitamente, encontra-se responsável pelo dano que der causa.

Do exposto, cumpre, então, esclarecer que a responsabilidade civil é instituto jurídico nitidamente distinto da imputação dos sócios por meio da desconsideração, pois enquanto a responsabilidade civil é adstrita ao cometimento de um ato, geralmente, ilícito (ressalvadas as estancadas hipóteses de responsabilidade objetiva, legítima defesa, exercício regular do direito e estado de necessidade), no caso da desconsideração, a obrigação do sócio ou administrador advirá, necessariamente, de um ato lícito, pela ótica da pessoa jurídica.

A ilicitude só é percebida quando, levantado o véu do ente moral, contempla-se o mesmo ato sob a ótica do sócio. Como pondera Fábio Ulhoa Coelho, “se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é o caso de desconsideração.”¹⁹³ Trata-se, do que o autor denomina de pressuposto da licitude, já discorrido no presente estudo, ao se versar sobre sua contribuição teórica.

Destarte, distingue-se a responsabilidade civil com a Teoria da Desconsideração, pois esta tem como pressuposto necessário a prática de um ato lícito, cujo vício só se tornará perceptível se, afastada a personalidade jurídica, imputar-se referido ato aos membros que constituem o ente moral, evidenciando-se, apenas por esse expediente de superação, a conduta abusiva dos agentes.

¹⁹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade Civil*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14.

¹⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

3.2.10.2 Teoria dos Atos *Ultra Vires*

Sobre a Teoria dos Atos *Ultra Vires*, segundo Fábio Ulhôa Coelho, “postula a nulidade dos atos praticados em nome da sociedade, mas estranhos ao objeto social.”¹⁹⁴ Trata-se, assim, de conduta dos agentes da sociedade, sejam sócios ou administradores, em violação ao contrato ou estatuto social do ente moral.

Nesse mesmo sentido, discorre pormenorizadamente Alexandre Couto Silva, ao deliberar que

os atos dos administradores serão *ultra vires*; quando estiverem em desacordo com a atividade e o fim da empresa; quando incorrerem em violação do contrato ou estatutos sociais; ou quando não forem expressamente autorizados pelos estatutos por serem dispensáveis à realização do objeto social.¹⁹⁵

No Ordenamento Pátrio, referida teoria encontra escoro no art. 1.015, Parágrafo Único, III, do Código Civil, que determina que o excesso por parte dos administradores poderá ser oposto a terceiros se a operação for evidentemente estranha aos negócios da sociedade, explicitados em seu objeto social.

Trata-se de teoria que alguns entendem como “responsabilidade civil aplicada ao direito societário”. Afinal, enquanto na responsabilidade civil é a lei que contrasta o ato ilícito, na Teoria dos Atos *Ultra Vires*, é o contrato ou estatuto social que evidencia o ato praticado em exacerbação ao objeto social. Ambos os institutos, porém, se contrapõem à Teoria da Desconsideração, espécie distinta de responsabilidade societária, pois enquanto aquelas são oriundas de um ato, esta se caracteriza por uma atividade abusiva, um modo de proceder que conjuga diversos atos. Como bem assevera Calixto Salomão Filho:

Nela (desconsideração), o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato mas de uma atividade abusiva. Trata-se da **responsabilidade societária**, que não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil

¹⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7.. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 449.

¹⁹⁵ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 780, out. 2000, p. 49.

aplicada ao direito societário.¹⁹⁶ (parêntesis adicionado, destaque do autor)

Ante o exposto, cumpre fixar a diferença dos postulados da Teoria da Desconsideração em contraste à Teoria da Responsabilidade Civil e à Teoria dos Atos *Ultra Vires*, cada um aplicável a hipóteses fáticas distintas. Essa diferenciação não fragmenta o esforço de necessária responsabilidade dos agentes pelos atos que praticam, pelo contrário, faz-se necessária para que, mediante especialização, cada segmento teórico desenvolva-se em rigor científico livre de confusão de institutos distintos.

3.2.10.3 Grupo Econômico

Em acréscimo ao breve esboço teórico de diferenciação das teorias de responsabilização acima expostas com a desconsideração, faz-se, em perspectiva especificamente juslaboral, discernir a superação de alguns institutos típicos do Direito do Trabalho, por vezes apresentados em confusão com a Teoria da Desconsideração.

Primeiramente, quando ao grupo econômico, não constitui, por si só uma teoria apartada, sendo, porém hipótese juslaboral de responsabilização de entes com personalidade distinta, versada pelo art. 2º, § 2º, da CLT¹⁹⁷.

Sustentam alguns que o mencionado dispositivo, ao consignar como responsáveis outras empresas de um mesmo grupo, estaria a desconsiderar a personalidade da empresa originalmente obrigada, atingindo por meio da superação de sua personalidade, as demais empresas coligadas. Trata-se, inclusive de tese vislumbrada por Rubens Requião, em sua vestibular preleção do instituto da desconsideração em âmbito nacional.¹⁹⁸

¹⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 478.

¹⁹⁷ Art. 2º, § 2º, CLT. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

¹⁹⁸ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, p. 20, dez. 1969.

Com o devido respeito ao eminente autor, ousa-se dele discordar, pois a lei parece consignar, sim, hipótese explícita de responsabilização solidária e direta das empresas pertencentes ao mesmo grupo. Atente-se que a norma jurídica tem aptidão a responsabilizar um ente por obrigação alheia, observadas razoabilidade e proporcionalidade cogitadas pelo Legislador. Com efeito, no dispositivo em tela, a regra está a consignar hipótese típica, o pertencimento a mesmo grupo econômico, a consequência da responsabilidade solidária.

A compartilhar do mencionado entendimento, seguem as ponderações de Thereza Christina Nahas:

Quando a Consolidação das Leis do Trabalho diz que as empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico serão, para efeito da relação de emprego, solidariamente responsáveis pelas obrigações trabalhistas assumidas por uma delas, não está estabelecendo uma situação de desconsideração da personalidade jurídica. Ao contrário, está criando uma situação de responsabilidade solidária.¹⁹⁹

Não obstante, importa destacar que, a rigor, o expediente da desconsideração só é observado quando a personalidade do ente originalmente obrigado se mostra como obstáculo à responsabilidade de pessoa diversa. Note-se, nesse sentido, que a responsabilidade não será diretamente imputável a alguém, a não ser que se recorra ao “levantamento” da personalidade da pessoa jurídica obrigada. É, exatamente, o que a citada autora sustenta ao asseverar:

Somente é cabível falar em desconsideração da personalidade jurídica quando a responsabilidade pelo ato não puder ser imputada diretamente ao sócio, administrador ou qualquer outra pessoa jurídica. Ou seja, somente terá pertinência falarmos em se desconsiderar a pessoa jurídica quando a personalidade que a lei atribui é obstáculo à consecução dos fins a que se destina, ou essa personalização desviar-se dos fins sociais para o qual foi suportada e aceita pelo direito. Caso contrário, não há razão para se aplicar o instituto da desconsideração, pelo simples fato de que a própria lei permite a responsabilização direta do sócio ou administrador, sem

¹⁹⁹ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 101.

qualquer necessidade de se comprovar desvio, fraude ou qualquer das situações previstas nas disposições legais anteriormente citadas.²⁰⁰

Destarte, o referido art. 2º, § 2º, da CLT ao permitir a responsabilização das empresas de um mesmo grupo, sem requerer, para tanto, a desconsideração da personalidade da empresa primeiramente obrigada, não versa sobre hipótese de superação do ente moral, o que se faz desnecessário, posto que a responsabilização dos entes coligados se opera sem prejuízo algum à autonomia de suas respectivas personalidades.

3.2.10.4 Consórcio de Empregadores Rurais

É instigante da doutrina justralhista a discussão a respeito do consórcio de empregadores rurais, cujo entendimento não se encontra, ainda cristalizado. Debate-se se tal figura caracteriza um empregador único, como sustenta Maurício Godinho Delgado, ou se versa a respeito de um pacto de solidariedade entre produtores rurais. Trata-se de discussão relevante, mas que escapa ao escopo do presente estudo.

Interessa, porém, destacar que o tal instituto trabalhista, regulado pela Portaria nº 1.964, de 1º de dezembro de 1999, do Ministério do Trabalho em Emprego, impõe aprioristicamente a responsabilidade solidária entre os empregadores rurais consorciados.

Como define Amauri Mascaro Nascimento, “o consórcio é um tipo de sociedade formalizada por registro em Cartório, de um termo de responsabilidade solidária.”²⁰¹

Desse mesmo aspecto da responsabilidade solidária, sublinha Maurício Godinho Delgado, ao versar sobre o instituto:

Do ponto de vista do Direito do Trabalho, o consórcio de empregadores cria, por sua própria natureza, *solidariedade dual* com

²⁰⁰ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 101.

²⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 706.

respeito a seus empregadores integrantes: não apenas a responsabilidade solidária passiva pelas obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, mas, também, sem dúvida, solidariedade ativa com respeito às prerrogativas empresariais perante tais obreiros. Trata-se, afinal, de situação que não é estranha ao ramo justrabalhista do país, já tendo sido consagrada em contexto congênere, no qual ficou conhecida pelo epíteto de *empregador único* (Súmula 129, TST).²⁰²

Destarte, no mesmo sentido das considerações tecidas a respeito do grupo econômico, o consórcio dos empregadores rurais fixa regra de responsabilidade solidária que obriga os entes consorciados sem a necessidade de se superar a personalidade de qualquer um deles, de modo que, novamente, afasta-se a tratada hipótese da Teoria da Desconsideração, que se faz desnecessária, ante a responsabilidade de cada consorciado configurar-se de plano, por determinação expressamente convencionada entre os empregadores rurais.

3.2.10.5 Sucessão Trabalhista

É curiosa a abordagem da sucessão trabalhista pela perspectiva da Teoria da Desconsideração. Sobre o tema, a balizada doutrina de Amauri Mascaro Nascimento, escorada nos ensinamentos de Amador Paes de Almeida, trata do tema da sucessão trabalhista no bojo da discussão a respeito da desconsideração.²⁰³

Nesse contexto, Amauri Mascaro Nascimento sustenta que a própria sucessão trabalhista só deveria se operar se preenchida a premissa do abuso de direito da personalidade jurídica, ao discorrer:

A despersonalização do ente societário não pode ser interpretada como uma incondicional responsabilidade de alguém que já pertenceu a uma sociedade e quando dela se retirou não havia

²⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 424.

²⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 688-694.

dívidas ou ações trabalhistas, como, também, tem como premissa, o abuso de direito, sem o qual não encontra fundamento.²⁰⁴

A despeito do corriqueiro acerto do citado doutrinador, ousa-se dele discordar, pois a hipótese da sucessão tem tratamento próprio e distinto daquele atinente à desconsideração, tendo aquele instituto por fundamento os artigos 10 e 448, ambos da CLT²⁰⁵, os quais, insiste-se, não aludem à desconsideração.

Ademais, a distinção entre sucessão e superação também é entendida pela doutrina de Thereza Christina Nahas, que analisa e coteja ambos os institutos:

A sucessão importa na *substituição* de uma pessoa por outra. Alguém sai do mundo jurídico e outra pessoa ingressa em seu lugar e, por isso, essa nova pessoa assume aquela primeira com todas as suas qualidades e seus defeitos, créditos e débitos. Portanto, não se fala em desconsideração, por absoluta ausência de necessidade de aplicação do instituto, uma vez que no simples fato da sucessão já se inclui a obrigação da sucessora em responder por todas as obrigações, direitos, deveres e ônus, pois não se trata de nova pessoa, mas da mesma pessoa que sofre alguma alteração em sua estrutura originária.²⁰⁶

Como se depreende do consignado pela autora, nota-se que a responsabilidade do sucessor é diretamente determinada pela lei, que garanta inalterabilidade contratual laboral, ante a mudança na titularidade do empregador. Não requer, por isso, a aplicação de qualquer dispositivo adstrito à Teoria da Desconsideração que responsabilize o sucessor por meio da superação da personalidade do ente originariamente obrigado.

Pela breve análise ora empreendida, nota-se que a Doutrina da Desconsideração não encontra adoção pelos institutos justrabalhistas do grupo

²⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 692.

²⁰⁵ Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

²⁰⁶ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 105.

econômico, do consórcio de empregadores rurais e da sucessão, bem como em nenhum dispositivo celetista.

3.3. Da Aplicação da Teoria da Desconsideração no Direito do Trabalho

Em continuidade ao presente estudo, convém, finalmente, que se proceda à análise da aplicabilidade da Teoria da Desconsideração ao Direito do Trabalho, o que enseja, necessariamente, em um Estado Democrático de Direito, buscar a existência de fundamento legal para tanto.

Trata-se de busca que se assemelha à preocupação precursora de REQUIÃO em encontrar embasamento legal à desconsideração em solo pátrio. À época, porém, inexistia previsão explícita do instituto em todo Ordenamento; atualmente, é a Consolidação das Leis do Trabalho que ressenite de dispositivos que adequem convenientemente a desconsideração às peculiaridades trabalhistas, como restará aclarado.

Contudo, como se verá, a busca de embasamento legal para a aplicação da desconsideração em sede laboral requer a utilização do sucinto arcabouço teórico anteriormente formulado, a fim de se empreender uma análise crítica dos dispositivos legais adstritos à desconsideração, evidenciando-se em qual deles se poderá encontrar sólido fundamento teórico e compatibilidade principiológica com o Direito Trabalhista.

3.3.1. O Decreto-lei nº 5.452, de 1º de março de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho

Inicialmente, é de rigor buscar fundamentação legal à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no principal diploma justrabalhista, a saber, a Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, consigne-se, desde logo, não ser pacífica na doutrina a existência ou não de albergue à referida teoria no bojo celetista.

Certo é, porém, que ao menos explicitamente, inexistente referência à técnica da superação da pessoa jurídica. Pende apenas questão a respeito do tangenciamento tácito do art. 2º, § 2º, da CLT à desconsideração.

Em que pese o entendimento contrário, sustenta-se que o texto celetista não realizou menção à Teoria da Desconsideração, o que, felizmente encontra eco na doutrina. Nesse sentido, afirma Thereza Christina Nahas:

Não obstante os diversos entendimentos no mesmo sentido, esposados por especialistas do mais alto gabarito, ousamos deles discordar. Entendemos que a Consolidação das Leis do Trabalho não tratou do tema, e, em nenhum momento, previu o legislador trabalhista a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a qual sempre foi aplicada na esfera trabalhista fundamentada em entendimento equivocado sobre a norma jurídica invocada.²⁰⁷

No mesmo sentido, conclui categoricamente Bianca Bastos ao afirmar que “não há na referida disposição legal (CLT) a contextualização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”²⁰⁸ Observa, ainda, referida autora, sólido argumento temporal que exclui do texto consolidado a referência à doutrina em tela:

um dado cronológico afasta a hipótese de que o § 2º do art. 2º da CLT tenha incorporado a teoria da desconsideração, a própria construção teórica da teoria da superação da pessoa jurídica é posterior à norma consolidada, editada no ano de 1943. Os estudos que formataram a desconsideração da personalidade jurídica como teoria são da década de 50, realizados por Rolf Serick.²⁰⁹

Ademais, como visto anteriormente, as figuras justralhistas do grupo econômico, do consórcio de empregadores rurais e da sucessão trabalhista são todas invariavelmente desposadas da Teoria da Desconsideração.

²⁰⁷ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 99.

²⁰⁸ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011, p. 116.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 116-117.

Ante o exposto, razoável concluir pela real inexistência de menção celetista tácita ou expressa à desconsideração, remetendo sua aplicação em seara trabalhista ao recurso do art. 8º e respectivo Parágrafo Único, da CLT. Nesse quadro, cabe, portanto, perquirir qual norma do Direito Pátrio, em diálogo das fontes, preenche de melhor modo, axiológico e ontológico, a lacuna celetista.

3.3.2. O Artigo 4º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais

A Lei de Crime ambientais prevê em seu bojo dispositivo dedicado explicitamente à Teoria da Desconsideração, por meio do art. 4º do referido diploma²¹⁰.

Trata-se de disposição heterodoxa, ao propor a desconsideração pela simples posição da pessoa jurídica como entrave ao ressarcimento dos prejuízos ambientais, em afastamento à essência teórica do abuso do direito de personalidade, apontado pela doutrina majoritária da desconsideração.

É possível se admitir, com base na interpretação literal do dispositivo descrito que, em privilégio do interesse público contido na preservação do meio ambiente, tenha o Legislador optado, no caso do artigo 4º da Lei de Crimes Ambientais, por permitir a desconsideração pelo mero fato da sociedade constituir-se em óbice à reparação do dano ambiental, comprometendo-se os patrimônios particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica causadora do dano, em garantia ao ressarcimento.

Convém, contudo, resguardado o entendimento acima exposto, registrar opiniões da doutrina contrárias à simples interpretação gramatical do dispositivo em tela, a exemplo da reflexão de COELHO, que valoriza os pressupostos subjetivos à aplicação da desconsideração, como a fraude, asseverando:

[...] não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior. Quer dizer, na

²¹⁰ Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes.²¹¹

Em que pese a relevância do dispositivo legal, mesmo que se considere o meio ambiente de trabalho, trata o artigo de hipótese que não se vocaciona à aplicação ampla da desconsideração na relação de trabalho, como meio de se garantir maior efetividade a um crédito trabalhista. Limita-se, assim, o presente tópico ao registro do dispositivo legal, por evidenciar mais uma hipótese em que o Ordenamento abarca a Teoria da Desconsideração.

3.3.3. O Artigo 27, da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, a Lei Pelé

Trata-se de diploma que institui normas gerais sobre o desporto, apelidada por alguns de Lei Pelé, ante a autoria do ex-atleta, quando Ministro do Esporte, e que, em seu artigo 27²¹², faz alusão indireta à superação ao se limitar a referir-se ao art. 50, da Lei nº 10.406/2002, o Código Civil, não formulando, destarte, qualquer inovação própria ao tema, pois se trata de simples remissão à lei civil.

Cabe, porém, a nota de que as entidades de práticas desportivas, bem como as de administração de desporto e ligas, independentemente da forma jurídica adotada para se constituírem, serão passíveis de aplicação da desconsideração, tais como as sociedades, fundações e associações, segundo o regime do art. 50 do Código Civil.

Assim, inclui-se, entre tais entidades, o empregador do atleta profissional, que poderá sofrer a regência da desconsideração, nos moldes do dispositivo em tela.

²¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 53.

²¹² Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros.

Contudo, considerando-se o Princípio da Norma Mais Favorável, reserva-se para parcela mais adiante a conclusão sobre a vocação do dispositivo para reger as relações de trabalho esportivas, a luz de outras normas positivadas.

Por fim, quanto aos pressupostos do referido dispositivo, por fazerem simples referência ao art. 50 do Código Civil, serão tratados com a exposição do aludido texto civilista.

3.3.4. O Artigo 34, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a Lei de Defesa da Concorrência

A Lei de Defesa da Concorrência trata explicitamente da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica por meio do seu artigo 34 e Parágrafo Único²¹³.

Além da referência ao clássico pressuposto do abuso de direito ao expediente da desconsideração, o dispositivo em tela faz menção semelhante ao teor do art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, referindo-se ao “*excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito*”, pelos quais não se cogita da necessidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pois implicam na direta responsabilidade pessoal dos agentes que praticaram tais atos.

Crítica semelhante faz-se cabível quanto à “*violação dos estatutos ou contrato social*”, em reiterado equívoco na adoção da Teoria dos Atos *Ultra Vires* sob rubrica imprópria da técnica de desconsideração. Novamente, faz-se inapropriada confusão de institutos jurídicos distintos, que em nada contribui ao aperfeiçoamento de uma ou de outra regra de imputação de responsabilidade.

Por fim, quanto à “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração”, como versado nas ponderações atinentes ao art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, são hipóteses oriundas de conduta culposa do gestor, o que enseja uma

²¹³ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

responsabilidade direta do mesmo, sendo desnecessário e impróprio o recurso da superação para a responsabilização do agente.

Ante o exposto, ressalvada a hipótese do abuso de direito de personalidade, nota-se a impropriedade técnica do dispositivo que regula a concorrência, quanto à doutrina da desconsideração.

Particularmente, às relações de trabalho, também não desponha como adequado fundamento à superação em seara laboral, pois além de padecer de atecnia, não é capaz de subsumir essa espécie de relação humana.

3.3.5. O Artigo 50, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil

O artigo 50 do Código Civil ²¹⁴ faz menção à Doutrina da Desconsideração, por meio de tipificação elogiada pela doutrina civilista e empresarial, por se ater aos pressupostos clássicos do instituto.

Conforme apontado anteriormente no ensaio histórico de seu desenvolvimento, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica tem fundamento na Teoria do Abuso de Direito, mais especificamente, o abuso do direito da personalidade, embasamento esse explicitamente respaldado pelo texto do artigo em tela.

Ademais, o dispositivo faz menção expressa aos pressupostos do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, ambos elementos tratados pela doutrina de Fábio Konder Comparato como pertinentes à técnica da desconsideração, evidenciando a boa técnica que inspirou o dispositivo civilista.

Destarte, nota-se coerente o dispositivo em relação à Teoria da Superação, por prever em seu teor a correta correlação do instituto com a Teoria do Abuso do Direito, no caso, o direito da personalidade, explicitando ainda os escorritos pressupostos do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, de

²¹⁴ Art. 50. 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.

modo que o art. 50 do Código Civil representa, assim, sólido fundamento jurídico ao expediente da desconsideração.

Pondere-se, porém, que apesar de sua perfeição técnica, a eleição do referido dispositivo como fundamento legal à desconsideração em sede trabalhista requer uma adicional análise de ordem ontológica. Faz-se, assim, mister cotejar-se os princípios que norteiam o texto em tela com os princípios que balizam o Direito do Trabalho.

Nesse contexto, merece prosseguimento a análise dos demais dispositivos no Ordenamento que tratam da desconsideração, a fim de se identificar em qual deles encontra-se um sólido fundamento legal, que preencha não apenas formalmente o rigor técnico da Teoria da Desconsideração, mas também, materialmente, a essência principiológica do Direito do Trabalho.

3.3.6. O Artigo 28, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor trata da Teoria da Desconsideração em duas hipóteses distintas, quais sejam, a contida no *caput* do artigo 28²¹⁵ e, em situação diversa, no § 5º, do mesmo artigo. Contudo, ante a peculiaridade do referido parágrafo, faz-se digno de tratamento apartado do *caput*, o qual será primeiramente analisado.

Consoante explorado anteriormente, o “abuso de direito”, descrito correta e explicitamente no *caput* do dispositivo em tela, é o clássico pressuposto ao expediente da desconsideração, a qual constitui eficaz instrumento contra esse mau uso do instituto, ao resguardá-lo e privilegiá-lo, visto que “quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma.”²¹⁶

²¹⁵ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

²¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 17.

No entanto, semelhante escorreição não se verifica em relação aos outros pressupostos legais previstos no dispositivo, que pecam pela confusão de institutos jurídicos de responsabilização.

Em relação ao “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito”, não se vislumbra a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, pois, a rigor, implicam na direta responsabilidade pessoal dos agentes que praticaram tais atos.

Como visto em partes anteriores do presente estudo, versam, todos, hipóteses em que o ilícito é aprioristicamente caracterizado, em desacato ao pressuposto da licitude apontado na doutrina de Fábio Ulhoa Coelho. Assim, é desnecessária e incorreta a utilização da Teoria da Desconsideração para alcance dos sócios, já imputáveis pela teoria clássica da responsabilidade civil.

Quanto à “violação dos estatutos ou contrato social”, trata-se, nitidamente, da aplicação da Teoria dos Atos *Ultra Vires*, sendo, novamente, incorreta a referência à Doutrina da Desconsideração, em confusão desnecessária de institutos jurídicos.

Da mesma forma, os requisitos elencados na segunda parte do “*caput*”, em relação à ocorrência de “*falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*”, caracterizam hipóteses advindas da culpa do gestor, o que, também, configura uma direta responsabilidade do mesmo, prescindindo-se da desconsideração para a configuração de sua responsabilidade direta.

Nesse sentido, a lição de Erik Frederico Gramstrup, a sublinhar a responsabilidade pessoal e direta daqueles que praticaram os atos antijurídicos, afirmando descabida a extensão de responsabilidade da pessoa jurídica, pois a obrigação já é originária dos próprios autores do ilícito:

Excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social: Já nesta hipótese, não podemos aplaudir a mistura conceitual incorrida. Todos esses atos antijurídicos implicam na responsabilidade pessoal de quem os tenha praticado, por comissão ou omissão. Portanto, não haveria necessidade de ignorar a existência da pessoa jurídica para que a responsabilidade fosse estendida ao patrimônio dos agentes. Aliás, ela a rigor não

precisa sequer ser 'estendida' porque é original e primariamente dirigida ao autor do ilícito.

Falência, insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má-administração: Vale aqui a mesma crítica desenvolvida quanto ao tópico anterior. Gestão incompetente implica culpa e desta já decorre a responsabilidade pessoal. [...] ²¹⁷

Em consonância, as palavras de COELHO que, ressaltando apenas a hipótese do abuso de direito, afirma a referência errônea da desconsideração aos demais casos:

São fundamentos legais para a desconsideração em favor do consumidor: a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração. No tocante ao mencionado na letra a, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra b dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, isso é, embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador da responsabilidade não pode ser imputado a ela, mas somente ao sócio ou representante legal. Já os fundamentos agrupados pela letra c referem-se à responsabilidade do administrador por má administração, que é, também, outro tema do direito societário. ²¹⁸

Por fim, de modo uníssono, as deliberações críticas de Alexandre Couto Silva, anuindo apenas com a escoreição teórica do pressuposto do abuso de direito:

O art. 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) não está preso à definição da desconsideração da personalidade jurídica prevista no Direito norte-americano, prevendo,

²¹⁷ GRAMSTRUP, Erik Frederico. O Supedâneo da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Tributário. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXVII, n. 94, nov. 2007, p. 65.

²¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226.

no *caput*, o abuso de direito, que é a única hipótese real de aplicação da desconsideração, inserindo também a responsabilidade por atos *ultra vires*, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração que por si sós não configuram hipótese de desconsideração.²¹⁹

Por todo o exposto, forçoso é concluir que do rol de hipóteses elencado pelo *caput*, do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, apenas o abuso de direito configura pressuposto válido à Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, pois as demais hipóteses são atinentes a institutos jurídicos distintos de responsabilização dos agentes, por vezes tratando da clássica responsabilidade civil, como no caso do cometimento de infração à lei ou ato ilícito, por vezes adentrando em seara da Teoria dos Atos *Ultra Vires*, a exemplo dos atos com violação dos estatutos ou contrato social, em perniciosa confusão de teorias diversas.

3.3.7. O § 5º, do Artigo 28, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor

Diante do arrojado comando positivado, cumpre empreender uma análise apartada acerca do § 5º²²⁰, do já tratado art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, pois o transcrito parágrafo inova na Ordem Jurídica ao instaurar, como inédito pressuposto da desconsideração, a simples hipótese da personalidade constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos dos consumidores. Consoante observa Alexandre Couto Silva:

O §5º amplia as hipóteses da teoria, implicando desconsideração da personalidade de todas as empresas fornecedoras de bens e serviços no mercado de consumo, hipótese que deve ser aplicada

²¹⁹ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 780, out. 2000, p. 55.

²²⁰ § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

com muita cautela, para que não se generalize sua ocorrência pelo único fato de uma parte ser consumidora.²²¹

Como se nota da observação exposta, existe cautela da doutrina quanto à aceitação plena ao comando contido no referido dispositivo.

Em verdade, cumpre expor que se constata, por vezes, verdadeira resistência ao seu conteúdo, a exemplo dos comentários de Fábio Ulhoa Coelho, ao propor que a mencionada desconsideração para fins de ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores só seja realizada no que tange às sanções não pecuniárias imponíveis ao empresário. Nas palavras do próprio doutrinador:

No tocante ao §5º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. [...] Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido essa a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.

Dessa maneira, deve-se entender o dispositivo em questão (CDC art. 28, §5º) como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário.²²²

Em que pese, porém, a reserva que se constata na doutrina, além da natural cautela ante toda inovação, não se deve opor injustificado embargo à assimilação do § 5º à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

²²¹ SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 780, out. 2000, p. 55.

²²² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 51-52.

Não se nega que o dispositivo em tela realmente inova quanto aos pressupostos da superação, ao arrolar como hipótese ensejadora da superação o simples inadimplemento ao crédito consumerista. Contudo, tal formulação não desacata, necessariamente, a Doutrina da Desconsideração, pelo contrário, a aperfeiçoa, afinal, referida doutrina ainda se encontra em evolução, como delibera Homero Batista Mateus da Silva:

A técnica da desconsideração da personalidade jurídica sofreu numerosas alterações desde seu conceito original e ainda passa por alterações profundas, pondo em xeque diversas concepções.²²³

Assim, em proveito prático à análise histórica exposta no presente trabalho, resta claro que a definição da Teoria da Desconsideração foi esculpida ao longo do tempo, contemplando uma miríade de hipóteses, desde os seus primordiais estudos. Inexiste cristalizado um conceito imanente da teoria, que a fossilize de tal forma a torná-la hermética a incrementos ensejados pela atual demanda social de efetividade de direitos.

Note-se a versatilidade de sua aplicação, por vezes traduzindo-se em técnica de ordem processual, outras vezes, de ordem material. Considere-se, por exemplo, o caso *Bank of United States versus Deveaux*, conduzido pelo Juiz Marshall, apontado majoritariamente pela doutrina como um dos precursores da teoria; na lide em tela, aplicou-se a teoria para fins de fixação de competência, em viés processual. Atualmente, prepondera a aplicação da teoria como técnica de imputação obrigacional, ou seja, em cunho material.

Sucederam-se, ainda, vertentes objetivas e subjetivas de pressupostos, evidenciando a dinâmica do aperfeiçoamento da técnica. Aos postulados subjetivos da fraude e do abuso de direito que se sedimentaram da doutrina pátria e estrangeira como pressupostos do expediente da desconsideração, adicionou-se, posteriormente, entre nós, a formulação objetiva da confusão patrimonial, concebida por Fábio Konder Comparato, absorvida explicitamente pelo art. 50 do Código Civil, em incremento inédito ao instituto.

²²³ DA SILVA, Homero Batista Mateus. Questões controvertidas sobre a responsabilidade do sócio e do ex-sócio no processo do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 248.

Nesse contexto fluido, não merece guarida um posicionamento rígido e conservador à relevante teoria.

Cabe, sim, o empenho crítico de ponderação quanto à razoabilidade desse novo pressuposto da insuficiência patrimonial à função social da Teoria da Desconsideração, por meio de um juízo equitativo do pressuposto.

Assim, apesar da relação consumerista extrapolar o escopo do presente trabalho, é válido lembrar como traço inerente à relação de consumo o seu inerente desequilíbrio, apresentando-se como presunção legal a vulnerabilidade do consumidor, determinada pelos artigos 5º, XXXII, e 170, ambos da Constituição Federal, os quais instituem um comando constitucional à necessária defesa do consumidor, da qual o Código de Defesa do Consumidor e o discutido dispositivo que nele se insere são reflexos.

Desse modo, entende-se desarrazoada a completa rejeição ao dispositivo, pois, em perspectiva material, representa cumprimento alinhado com o comando constitucional da proteção ao consumidor, enquanto, sob ótica formal, apresenta-se, de semelhante modo, escorrido, considerando-se que o pressuposto da inadimplência apenas acresce à Teoria da Desconsideração, a qual foi desde o início de sua formulação sujeita a incrementos técnicos em resposta aos anseios sociais de efetividade, negando-se, assim, uma formulação estática que rejeite necessárias inovações ao instituto em resposta às demandas da dinâmica da sociedade.

3.3.8. O Fundamento Legal da Desconsideração no Direito do Trabalho. Afinidade entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor

Expostos os dispositivos presentes no Ordenamento Pátrio que realizam menção direta e explícita à Teoria da Desconsideração e evidenciada a lacuna celetista em tratar da técnica da superação, cumpre identificar em qual dispositivo positivado encontra-se sólido fundamento à referida teoria no Direito do Trabalho, com fulcro no artigo 8º e seu respectivo Parágrafo Único, e artigo 769, ambos da CLT, que permite o necessário diálogo das fontes normativas.

Referido dispositivo determina que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os

princípios fundamentais deste.” Em esclarecimento ao texto legal, anota Valentin Carrion:

como direito comum se entende qualquer ramo do direito vigente, mesmo os outros especiais, quando aplicáveis a certas hipóteses. Princípios fundamentais do Direito do Trabalho são os que norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato e durante seu desenvolvimento.²²⁴

Ora, nesse aspecto da desigualdade das partes e ênfase protetiva à parte hipossuficiente, nota-se evidente similitude do Direito do Trabalho com o Direito do Consumidor, ante a proximidade das situações que se inserem, respectivamente, empregado e consumidor. De fato, ambos os ramos do Direito têm como pedra angular de suas disposições o Princípio Protetivo, o que permite especial aproximação entre as duas áreas.

A respaldar essa patente similitude entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, delibera especificamente Thereza Christina Nahas:

O Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis do Trabalho têm por base de princípio a proteção ao direito da parte mais fraca da relação jurídica. Assim, o legislador traça normas que vão desigualar a parte na relação a fim de mantê-las iguais no plano da negociação. Portanto, os princípios protetivos dos dois institutos acabam por ser idênticos, guardadas evidentemente as diferenças relacionadas ao objeto da relação jurídica, uma de consumo e outra de trabalho. Todavia, ambas tidas pelo legislador constitucional como necessárias e suficientes ao desenvolvimento da ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal).²²⁵

Assim, evidenciada a proximidade entre os ramos laboral e consumerista do Direito e exposta a consequente compatibilidade entre os respectivos diplomas, nota-se que, diante da lacuna no texto consolidado, percebe-

²²⁴ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

²²⁵ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 107.

se como apto fundamento jurídico à Desconsideração da Personalidade Jurídica em âmbito laboral o artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Tal entendimento encontra respaldo, inclusive, na autorizada doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite, que afirma:

É importante assinalar que o instituto da desconsideração da pessoa jurídica encontra-se previsto no art. 28, § 5º, da Lei n. 8.078/90 (CDC), que, segundo pensamos, pode ser aplicado, por analogia, ao processo do trabalho, “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (e nós acrescentamos, aos trabalhadores).²²⁶

Ademais, convém salientar que a aplicação do referido dispositivo às relações de emprego encontra, ainda, forte amparo nos próprios Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, enfatizando-se a afinidade principiológica da norma com o Direito do Trabalho.

Com efeito, a marca distintiva do parágrafo em tela entre os demais fundamentos legais à desconsideração no Ordenamento Pátrio é a permissão do expediente da superação pela simples constatação da personalidade jurídica como obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos do credor.

Trata-se, como se percebe, de acentuado efeito de afastamento da autonomia patrimonial, como drástica consequência da desconsideração à pessoa jurídica. Certo é que essa aguda medida ensejaria motivo suficiente à sua aplicação.

E, de fato, a razoabilidade da superação pelo simples obstáculo à satisfação do crédito trabalhista se justifica na medida em que se percebe o credor trabalhista como um credor diferenciado, por sua vulnerabilidade, ante a impossibilidade de negociar o risco de inadimplemento da parte com quem contrata. Trata-se, inclusive, de argumento desenvolvido por Fábio Ulhôa Coelho, acompanhado por outros doutrinadores.

Aos créditos trabalhistas, deveria a lei também dispensar-lhes atenção especial. Como os empregados não têm, realisticamente falando, condições de negociar a incorporação aos seus salários de uma taxa de risco relacionada à limitação da responsabilidade dos

²²⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 11. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 1133.

sócios, o direito do trabalho deveria ser alterado para que os empreendedores majoritários respondessem pelas obrigações da sociedade oriundas de vínculo empregatício. A Justiça do Trabalho, mesmo sem previsão legal que a autorize, tem executado em bens do patrimônio dos sócios, indistintamente, as condenações decretadas à sociedade limitada.²²⁷

Sustenta, assim, o autor o tratamento diferenciado aos credores trabalhistas, uma vez que estes não têm como exigir uma contraprestação pelo risco que incorre a empresa, como o podem outros credores, ao exigirem determinada taxa de juros de acordo com o porte e saúde financeira da empresa, obtendo um retorno proporcional ao risco de inadimplemento.

Diante desse afirmado quadro de hipossuficiência do empregado em negociar com o polo patronal uma taxa de retorno como contrapartida ao risco de inadimplemento por parte da empresa, poder-se-ia, razoavelmente, sugerir o instrumento da negociação coletiva a fim de resguardar maior paridade entre as partes.

Contudo, a discorrer essa exata característica não negocial do crédito oriundo do contrato de trabalho, mesmo em âmbito coletivo, explora Calixto Salomão Filho a persistência do mesmo argumento de ordem socioeconômica, a não-negociabilidade do risco, ao reiterar a diferença do grupo dos empregados em contraste às demais espécies de credores:

Esse grupo é composto tipicamente por pequenos fornecedores e empregados. [...] Quanto aos últimos, claramente não lhes é possível informar-se nem muito menos negociar *taxas de risco* com os empregadores. Mesmo em presença de poderosos sindicatos, que podem fazer presumir a possibilidade de uma negociação coletiva, a **íntima ligação entre sucesso da empresa e destino dos empregados faz com que a negociação da taxa de risco seja pouco provável. Ao contrário, a experiência demonstra que, em**

²²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 407-408.

situações de crise, é comum a concordância dos sindicatos com mudanças desfavoráveis aos trabalhadores.²²⁸

E, sob essa perspectiva de transferência de riscos, Calixto Salomão Filho enriquece o debate com feliz concatenação do tema da distribuição de riscos com a própria Teoria da Desconsideração, ao contemplá-la como uma forma de redistribuição de riscos estabelecida pelo Ordenamento. Nesse sentido:

Essa distinção entre credores tem influência direta sobre a desconsideração. [...] Com relação ao segundo grupo (no qual se inserem os empregados), no entanto, a desconsideração poderia basear-se em qualquer fato já existente no momento da contratação ou mesmo, caso o objetivo da norma a ser aplicada justificasse, na própria necessidade de imputar uma determinada relação também ao sócio. A ideia da desconsideração como forma de redistribuição de riscos objetivada pelo legislador ganha aqui então plena aplicação.²²⁹
(parêntesis adicionado)

Ora, nesse contexto, é relevante destacar a determinação legal de que na relação de emprego o risco da atividade econômica deve ser suportado exclusivamente pelo empregador, consoante preconiza categoricamente o artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal imposição legal fornece, por sua vez, sustentação jurídica à drástica consequência da não negociabilidade do risco do crédito do empregado no âmbito da responsabilidade do empregador.

Por conseguinte, no que tange ao grau dessa maior responsabilidade dos sócios e administradores perante o crédito empregatício, a doutrina é rigorosa ao afirmar uma responsabilidade ilimitada a essa particular espécie de crédito.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho corrobora o entendimento de que aos empregados, como credores não-negociais, deveria ser concedido o direito de responsabilizar os administradores ou sócios de modo ilimitado, efeito que, anote-se, é plenamente obtido por meio da aplicação do § 5º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, delibera Fábio Ulhoa Coelho:

²²⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 492.

²²⁹ *Ibidem*, p. 492-493.

Os credores não negociais (o fisco, empregados e titulares do direito à indenização) não têm instrumentos para preservar seus interesses em face da separação patrimonial da sociedade e da limitação da responsabilidade dos sócios. Todos deveriam ter direito de responsabilizar os sócios empreendedores, de forma ilimitada, pelas obrigações sociais.²³⁰

Também, no mesmo entendimento severo da responsabilidade ilimitada, conclui Bianca Bastos, ao discorrer sobre o motivo originalmente ensejador da limitação da responsabilidade societária e sua ineficiência perante o credor empregado, justificando a vinculação direta do patrimônio dos sócios ao crédito trabalhista:

Como visto, a causa da limitação da responsabilidade dos sócios nesses tipos societários (limitada e pequena anônima) possui fundamento econômico. Limitou-se a responsabilidade dos sócios para incentivar o ingresso de capital no mercado. Houve a presunção de que, nos negócios mantidos com as sociedades de capital, o risco do contrato seria negociado. No entanto, o empregado é um credor não comercial e, por isso, não possui informação sobre as condições da sociedade empresarial e tampouco poder de barganha a fim de acrescer ao contrato de trabalho garantias para compensar a possibilidade de sua inexecução por parte do empregador. Assim, em relação ao empregado, há ineficiência da limitação da responsabilidade da sociedade empresária insolvente. Tendo isso em conta, a solução que vem sendo proposta é a realização de uma redistribuição dos riscos, pela vinculação direta dos sócios ao crédito trabalhista.²³¹

Por fim, em desfecho às considerações dos motivos socioeconômicos que justificam a maior responsabilidade dos sócios e administradores perante os créditos dos empregados, por serem estes credores não-negociais, cumpre, a rigor, tratar de outro grupo de credores da Justiça do

²³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 407

²³¹ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011, p. 149.

Trabalho, quais sejam os demais trabalhadores abarcados sob a competência da Justiça Trabalhista por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Tais trabalhadores não se encontram em subordinação jurídica nos moldes celetistas, de modo que lhes é possível a negociação da remuneração pela qual prestarão os serviços contratados, de modo que não se justificaria, nesse caso, a drástica responsabilização ilimitada que resguarda os empregados.

Nessas demais hipóteses de trabalho caberia, sim, a aplicação do Código Civil, mais especificamente, da Teoria da Desconsideração segundo os moldes delimitados no artigo 50 do diploma civilista, já tratado anteriormente.

Como principal diferença da regência da superação por meio do artigo 50 do Código Civil, em contraste ao artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, constata-se que aquele dispositivo exige, para que se proceda à desconsideração, a configuração de hipótese de abuso do direito de personalidade, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Ou seja, resta excluída a possibilidade de desconsideração por mero inadimplemento.

Tal entendimento encontra amparo nas lições de Carlos Henrique Bezerra Leite, que afirma que às demais relações de trabalho diversas do vínculo empregatício, deve-se aplicar o Código Civil, afastando-se, conseqüentemente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nas palavras do mencionado doutrinador:

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 ilação de que os sócios seriam ilimitadamente responsáveis. Nestes casos, parece-nos que a fonte subsidiária será o Código Civil e não do Código de Defesa do Consumidor.²³²

²³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 11. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 1135.

Trata-se, em verdade, de solução equitativa, ante os profundos efeitos que o art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor causa na responsabilidade do sócio, tornando-a ilimitada, o que deve se restringir à excepcionalidade do crédito empregatício.

Por todo o exposto, conclui-se que ante a lacuna normativa da Consolidação das Leis do Trabalho a respeito da Teoria da Desconsideração, faz-se necessária a aplicação da superação por meio do art. 8º do texto consolidado, buscando-se subsidiariamente, o fundamento legal à técnica no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, ante a proximidade Principiológica dos diplomas, norteados pelo Princípio Protetivo.

Ademais, como consequência da aplicação do mencionado dispositivo consumerista, configura-se a responsabilidade ilimitada dos sócios e administradores perante o crédito empregatício. A principal justificativa socioeconômica para tal medida deve-se ao fato deste crédito possuir caráter não-negocial, não permitindo a negociação das taxas de retorno do empregado em proporção ao risco do devedor, o empregador, em inadimplir tal crédito. Assim, afim de evitar que o empregado absorva o risco do liame, o que é vedado, inclusive, pelo artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, faz-se necessária a redistribuição do risco por meio da técnica da desconsideração.

Finalmente, quanto às demais relações de trabalho, à margem do vínculo empregatício, a ilimitação de responsabilidade se mostra medida desarrazoada, ensejando-se, nessas hipóteses, a aplicação da desconsideração segundo os moldes do artigo 50, do Código Civil, pois tais trabalhadores não se encontram em situação de subordinação semelhante à dos empregados, de modo que lhes é viável a maior negociação do risco por meio da fixação de preços de prestação dos serviços no ato da contratação.

3.4. Dos Aspectos Processuais da Desconsideração no Direito do Trabalho

Uma vez tratado o aspecto material da Teoria da Desconsideração, resta válido tecer comentários a respeito dos aspectos processuais atinentes ao tema.

Em contraste às explícitas disposições legais em campo material, carece a desconsideração de um regime processual definido, delegando-se à doutrina e à jurisprudência o estabelecimento das linhas processuais que dão efetividade à superação no cotidiano prático.

A respeito dessa ausência de regulação processual, Thereza Christina Nahas anota que já existe empenho legislativo na formulação de parâmetros procedimentais para o expediente da desconsideração, exigindo-se o estabelecimento de um contraditório prévio à superação. Nesse sentido, afirma:

No plano do Direito *Constituendo*, pende tentativa de acrescentar um parágrafo ao artigo 50 do Código Civil, explicitando a necessidade de contraditório prévio. Essa, aliás, é uma das dificuldades práticas em que frequentemente se incorre – o Juiz só se vê em condições de detectar os requisitos da desconsideração em plena execução. Aparentemente a intenção do reformador seria a de viabilizar um contraditório especial para tais casos.²³³

Em adição à ponderação da doutrinadora citada, é certo que o atual do Projeto De Lei nº 8.046/10, elaborado pela Câmara dos Deputados, denominado de Projeto do Novo Código de Processo Civil, prevê explicitamente, em seu artigo 77 e seguintes ²³⁴, específico trâmite procedimental à aplicação da Teoria da Desconsideração.

²³³ GRAMSTRUP, Erik Frederico. O Supedâneo da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Tributário. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXVII, n. 94, nov. 2007, p. 65.

²³⁴ Artigo 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Artigo 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Artigo 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

Trata-se de disposição que, prevendo o pressuposto do abuso da personalidade jurídica, consigna a possibilidade de sua desconsideração, em qualquer fase processual (artigo 77, Parágrafo Único, II), desde que por provocação do interessado ou *ex officio* pelo juiz (art. 77, *caput*, c.c. Parágrafo Único, I), seja precedida de necessário contraditório prévio (art. 78). Nesses termos, o referido dispositivo:

Contudo, até que devidamente positivado o procedimento necessário à aplicação da superação da personalidade jurídica, coube à jurisprudência e, principalmente, à doutrina, tecer as linhas de aplicação do instituto.

Nesse contexto, no que diz respeito à Justiça do Trabalho, Mauro Schiavi entende possível a utilização do expediente de ofício, por parte do Juízo, e sem a instauração de contraditório prévio à medida. Ainda, sustenta o autor que a desconsideração poderá ser determinada por meio de decisão interlocutória do magistrado trabalhista. Caberá ao sócio ou administrador cujos bens foram constrictados a simples possibilidade de invocar o benefício de ordem. Nesses termos, delibera:

A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, na fase executória, pode ser determinada de ofício pelo Juiz do Trabalho (art. 878, da CLT), independentemente de requerimento da parte, em sede de decisão interlocutória, devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF). Não obstante, o sócio, uma vez tendo seus bens constrictados para a garantia da execução tem o direito de invocar o chamado benefício de ordem e requerer que primeiro sejam executados os bens da sociedade [...].²³⁵

A ratificar a desnecessidade de contraditório prévio, Mauro Schiavi sustenta que “o sócio não precisa ser citado ou intimado da desconsideração da personalidade jurídica para a apresentação de bens no prazo de 48 horas (art. 880, CLT), uma vez que não é parte no processo, apenas responsável patrimonial secundário (art. 592, II, do CPC).”²³⁶

²³⁵ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 971.

²³⁶ *Ibidem*, p. 973.

Trata-se, inclusive, de entendimento cristalizado no Enunciado nº 2 da 1ª Jornada Nacional de Execução Trabalhista, realizada em novembro de 2011.²³⁷

Em sentido contrário, a sustentar a qualidade de parte do sócio ou administrador na execução, Thereza Christina Nahas afirma que devem ser dados a eles os mesmos direitos e ônus de parte, inclusive o direito de defesa, discorrendo:

Sabendo-se que **o administrador ou sócio responsável tem a condição de parte no processo de execução**, outra não pode ser a solução que não a de conferir-lhe os mesmos direitos e ônus [...] De toda forma, necessário que o julgador, utilizando-se dos instrumentos e das técnicas que o Código Civil de 2002 lhe deu, aplique-os de modo prudente e limite subjetivamente quem irá responder pelas obrigações sociais em hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, **sem nunca lhe negar o direito de defesa e preferência que a lei processual lhe garante.**²³⁸ (destaques adicionados)

Ainda, de modo mais incisivo, a asseverar não apenas o direito de defesa do sócio ou administrador, mas, também, que o contraditório se dê em momento prévio à qualquer constrição, delibera Amauri Mascaro Nascimento:

A execução contra terceiro que não figure no 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.²³⁹

²³⁷ ENUNCIADO Nº 2. PODER GERAL DE CAUTELA. CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE OFÍCIO DE PATRIMÔNIO DO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA, IMEDIATA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESTA. CABIMENTO. Desconsiderada a personalidade jurídica da executada para atingir o patrimônio dos sócios, em se constatando a insuficiência de patrimônio da empresa, cabe a imediata constrição cautelar de ofício do patrimônio dos sócios, com fulcro no art. 798 do Código do Processo Civil (CPC), inclusive por meio dos convênios Bacen Jud e Renajud, **antes do ato de citação do sócio a ser incluído no polo passivo, a fim de assegurar-se a efetividade do processo.** (destaque adicionado)

²³⁸ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 140-142.

²³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 804.

Com base no exposto, nota-se que o principal ponto de controvérsia doutrinária em sede processual a respeito da Teoria da Desconsideração diz respeito à necessidade ou não à instauração de contraditório, como meio do sócio ou administrador responsabilizado defender-se previamente do expediente da superação.

Com devida vênia ao entendimento contrário, forçoso concluir, com amparo nas ponderações de Amauri Mascaro Nascimento e de Thereza Christina Nahas, que o direito ao contraditório é devido ao sócio e ao administrador passíveis de serem alcançados pela desconsideração, com fulcro no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Ademais, como ensina a clássica doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, o contraditório, também se impõe na fase executiva, “sendo a participação indispensável fator legitimante da imposição dos resultados do exercício do poder”, de modo que “seria ilegítimo privar o executado de participar da execução – simplesmente sujeitando-se aos atos do juiz e suportando inerte a exercício do poder sobre os bens de sua propriedade ou posse.”²⁴⁰

Destarte, considerando-se o contraditório como aspecto legitimante da jurisdição, bem como sua égide constitucional, como garantia individual, percebe-se imprescindível sua observância, permitindo-se a ampla defesa de sócios e administradores. Contudo, quando ao momento do necessário contraditório, com vistas à efetividade da tutela jurisdicional, alçado como princípio da execução, não se espora a tese de que, necessariamente, deva se dar de forma prévia, a fim de evitar a elisão de patrimônio do sócio ou administrador citado ou notificado da iminente prolação da desconsideração pelo Juízo.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I, 6ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 224.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que a pessoa jurídica, consoante tratado pela Teoria da Realidade Técnica, possui existência fática e social inegável, mas a sua própria existência jurídica, bem como sua finalidade e contornos são delineados pelo Ordenamento. Trata-se de entendimento atualmente sedimentado, mas que foi fruto de intenso debate doutrinário, em conflito de correntes teóricas inspiradas nas necessidades sociais.

Segundo entendimento clássico, o uso abusivo e desvirtuado da pessoa jurídica é coibido pela chamada Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Essa teoria foi inicialmente sistematizada por Rolf Serick, baseado na produção jurisprudencial, e posteriormente rediscutida por vários outros autores, estrangeiros e nacionais, todos a contribuir à construção teórica por meio de novos aspectos e abordagens apregoados em suas respectivas doutrinas. Por fim, em análise a essas diversas formulações doutrinárias, foi possível identificar o elemento comum da aproximação da Teoria da Desconsideração à Teoria do Abuso do Direito.

Nesse sentido, Rolf Serick defende que a desconsideração pressupõe necessariamente o abuso da pessoa jurídica, ao que Rudolf Reinhardt anui e afirma ser constatável por meio de critérios objetivos; Wolfram Müller-Freienfels e Peter Erlinghagen vinculam a desconsideração ao resguardo à finalidade da norma. No mesmo sentido, as postulações dos autores nacionais. Rubens Requião e Fábio Ulhoa Coelho entendem a desconsideração como meio de se coibir o abuso da personalidade e a fraude através da pessoa jurídica. Fábio Konder Comparato entende que a desconsideração da personalidade jurídica é decorrente de um desvio de função da pessoa jurídica.

Ora, o abuso é o exercício de um direito, inclusive o da personalidade jurídica, contrário aos fins sociais e econômicos preordenados, ou seja, contrários à sua finalidade normativa. Da mesma forma, quem abusa da pessoa jurídica e de sua autonomia patrimonial, se vale de tais institutos desvirtuando-os dos propósitos aos quais foram concebidos pelo Ordenamento.

Da análise das diversas correntes que versaram sobre a desconsideração da pessoa jurídica, resta também patente que se trata de teoria em constante evolução, sensível aos anseios sociais, em paralelo ao próprio processo

de aferição da natureza da pessoa jurídica, anteriormente empreendido. Destarte, não há que se falar, ainda, da cristalização de um conceito transcendente e definitivo da Doutrina da Desconsideração.

Nessa dinâmica de desenvolvimento e aperfeiçoamento da superação, houve sensível inovação promovida pelo Legislador, ao incluir entre as hipóteses clássicas do abuso do direito, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” (artigo 28, § 5º, Código de Defesa do Consumidor)

No entanto, ressalvadas as referidas hipóteses, é flagrante que Legislador, em outros casos, ao positivar a superação no Ordenamento, o fez de forma confusa, prevendo no bojo de tais dispositivos institutos outros, tais como a responsabilidade direta dos sócios ou administradores, seja por culpa ou por atos *ultra vires*. É o que se constata, por exemplo, no artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, e no artigo 34, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a Lei de Defesa da Concorrência.

Especificamente ao Direito do Trabalho, a Teoria da Desconsideração se apresenta como mais um meio de proteção ao crédito trabalhista que se distingue e acrescenta aos institutos da subjetivação da empresa e da despersonificação e despersonalização do empregador. Contudo, carece a superação de regulação pelo texto celetista, sendo necessária a aplicação subsidiária de diplomas adstritos a outros ramos do direito, por meio do artigo 8º e 769, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse contexto, ante a proximidade principiológica existente entre o Direito do Trabalho, particularmente no que diz respeito à relação de emprego, e o Direito do Consumidor, ambos alicerçados no Princípio Protetivo à parte vulnerável, sustenta-se, no presente estudo, a aplicação da desconsideração em seara laboral por meio do referido artigo 28, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, tal dispositivo, em âmbito trabalhista, encontra robusto amparo no Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade, pois o maior resguarde à satisfação do crédito que o dispositivo oferece, ao alargar as hipóteses que permitem a desconsideração, encontra justificada contrapartida no fato do empregado, em distinção aos demais credores, ser um credor não-negocial.

Alie-se, ainda, o fato de que, por força do artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, cabe exclusivamente ao empregador a assunção dos riscos do empreendimento, o que ratifica a plausibilidade da aplicação do dispositivo em tela às relações de emprego.

Ainda, em atenção ao alargamento da competência da Justiça Laboral a outras relações de trabalho diversas da relação de emprego, foi sugerido, sob égide doutrinária, a adoção do artigo 50, do Código Civil, a todas essas relações distintas da empregatícia. Trata-se, por sua vez, de artigo que se escora em sólido alicerce teórico, ao vincular, corretamente, o expediente da desconsideração à hipótese de abuso da personalidade jurídica, em escorreita aplicação da superação, segundo os moldes clássicos da doutrina da penetração.

Em viés processual, a desconsideração se ressentir de uma necessária regulamentação que parametrize sua aplicação, o que tem sido ponderado em novas formulações legislativas, a exemplo do projeto do novo Código de Processo Civil, que consigna procedimento prévio à medida, assegurando-se o direito ao contraditório.

Por fim, espera-se que a crescente consciência jurisprudencial trabalhista a respeito da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica viabilize uma correta aplicação do expediente da superação em atenção à relevante função social do instituto como meio de salvaguardar os créditos empregatícios e, também, em benefício do próprio instituto da pessoa jurídica, obstando-se a sua destruição, seja pelo abuso desse instituto, seja pela má aplicação do expediente.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9. ed., São Paulo: LTr, 2013.

BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio*. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

_____. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

_____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DA SILVA, Homero Batista Mateus. Questões controvertidas sobre a responsabilidade do sócio e do ex-sócio no processo do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, p. 247-263, jan./dez. 2011/2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed., São Paulo: LTr, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSSERAND, Louis. *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité: Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1927.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. O Supedâneo da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Tributário. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXVII, n. 94, p. 62-69, nov. 2007.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*, V. 1, coordenador Pedro Lenza, 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 11. ed., São Paulo: LTr, 2013.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares, *Anotações sobre o abuso de direito*. [on line]. Disponível em <<http://www.professoramorim.com.br/home/dados/anexos/264.doc>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAES, José Eduardo Sabo. A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos administradores. *Revista da Fundação Escola Superior do*

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 93-100, jan./jun. 2002, in <http://www.escolamp.org.br/arquivos/19_05.pdf>, acessado em 29/08/2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

_____. *Direito Comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2013.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel, 1958.

SILVA, Alexandre Couto. *Desconsideração da personalidade jurídica*: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *A história da clt e as perspectivas de sua reforma*, in <http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em315.htm>, acessado em 01/08/2014.

VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milão: Giuffrè, 1964.