

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – PUCSP

Ana Paula Leme Brisola Caseiro

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
LIMITE E APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

São Paulo

2014

ANA PAULA LEME BRISOLA CASEIRO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
LIMITE E APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Especialização em Direito
do Trabalho

Orientadora: Prof^ª. Catia Guimarães Raposo Novo Zangari

São Paulo

2014

Dedico esse trabalho aos meus filhos Anna Beatriz, Augusto, Anna Elisa e Arthur, por entenderem a diminuição do nosso tempo juntos, pela força e apoio essenciais, aos meus irmãos e em especial ao meu irmão Marcos Paulo pelo estímulo ao estudo e por acreditar em mim sempre, a minha mãe, meu pai, Suely e ao Junior sempre presentes nesta jornada.
À vocês dedico também o meu amor maior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus.

Às amigas verdadeiras e incentivadoras que tenho: Alessandra, Danielle, Sandra, Juliana, Ligia, Caroline, Rosana, Adriano, Bruna, Larissa, Silvia, Marina, Káttyla, Maria Fernanda e Beth, presentes que a vida me deu.

Meu chefe e amigo Luiz Eduardo Amaral de Mendonça, por toda ajuda, incentivo e aprendizado dia a dia na nossa vida profissional, pela contribuição indispensável na confecção deste trabalho.

À Luciana, companheira de equipe, fundamental no auxílio do tempo para confecção deste trabalho.

Ao Marcio Lamonica Bovino, com quem trabalho menos do que eu gostaria e aprendo sempre.

Agradeço a minha orientadora, que se fez presente, pelos ensinamentos durante todo o curso e por suas correções e considerações na execução deste trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - TEORIA DO TEMA COM BASE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	10
2.1 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO	20
2.2 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO	21
2.3 ASSOCIAÇÕES	22
2.4 FUNDAÇÕES.....	22
2.5 DAS SOCIEDADES.....	23
2.5.1 SOCIEDADE EM COMUM	26
2.5.2 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	26
2.5.3 SOCIEDADE SIMPLES	27
2.5.4 SOCIEDADE EM NOME COLETIVO	30
2.5.5 SOCIEDADE EMPRESÁRIA	30
2.5.6 SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO	33
3. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS	34
4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	36
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	36
4.2 TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE	37
4.3 HIPÓTESES FÁTICAS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	39
4.3.1 FRAUDE	39
4.3.2 ABUSO DE DIREITO	40
4.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	42
4.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DOS GRUPOS ECONÔMICOS E CONSÓRCIOS	45
4.6 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	47
5. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO	48
5.1 NA CONSTITUIÇÃO DE 88.....	48
5.2 NO DIREITO DO CONSUMO.....	49
5.3 NO DIREITO CIVIL	50

5.4 NO DIREITO DO TRABALHO	51
6. A APLICAÇÃO E A PREVISÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO	52
6.1 PREVISÃO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E A NATUREZA PROTECIONISTA DO DIREITO DO TRABALHO.....	52
6.2. RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA.....	54
6.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO.....	55
6.3.1 DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	56
7. LIMITE DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES	59
7.1 RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77
LIVROS E REVISTAS JURÍDICAS.....	77
ARTIGOS DA INTERNET	79
CONSULTA À LEGISLAÇÃO.....	80

INTRODUÇÃO

A ideia de apresentar um trabalho cujo tema não é dos mais cobiçados, ou frequentemente desenvolvido, surgiu pela vivência de casos práticos. Surgiu pela observação da falta de limites ou da limitação desregrada para solução de conflitos no âmbito trabalhista.

O estudo da desconsideração da personalidade jurídica: limite e aplicação no direito do trabalho fará refletir questões polêmicas, não pacificadas e de extrema importância em diferentes ramos do direito.

A presente pesquisa tratará da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua incidência no campo do Direito do Trabalho.

Para melhor entendimento, primordial o desenvolvimento de tópicos relacionados com Direito Societário, tais como o conceito de pessoa jurídica; a personalização da sociedade empresária; as formas de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

Antigamente, os comerciantes singulares ou empresários individuais exerciam suas atividades mercantis em nome próprio. O exercício do comércio, porém, exigia como exige nos dias de hoje, uma enorme soma de valores e recursos, o que impulsionou os comerciantes a trabalharem de forma cooperada, surgindo assim a sociedade comercial.

As sociedades comerciais foram dotadas de personalidade, como pessoas jurídicas, o que as fez ser capazes em direitos e obrigações. Exercendo direitos e contraindo obrigações.

No aspecto patrimonial, tornaram-se independentes, sendo distinta sua personalidade da pessoa física dos sócios que a representam.

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica precisou ser revista, ante as atitudes abusivas e fraudulentas dos sócios em proveito próprio ou em detrimento de direitos de terceiros.

Coube à doutrina e a jurisprudência minimizar a celeuma, elaborando hipóteses onde se julgaria cabível a intervenção no patrimônio individual dos sócios, por obrigações que não foram contraídas pela pessoa física, mas sim, pela pessoa jurídica. Sendo este cenário o causador do surgimento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica tratada na presente pesquisa.

Não iremos tratar com profundidade as empresas que por sua própria natureza jurídica não distinguem o patrimônio da pessoa jurídica do particular (sócio).

Exemplos normativos não faltam. No caso da sociedade em comum¹, os bens sociais podem responder pelos atos de gestão praticados por quaisquer dos sócios, salvo se previamente acertado o contrário. Trata-se, *in casu*, de verdadeira inversão da regra geral das sociedades limitadas², por exemplo.

Nos casos da sociedade simples³, os sócios respondem com o patrimônio pessoal caso os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, ressalvado apenas o benefício legal de ordem de que trata o artigo 1.024 do Código Civil⁴.

1 Ver artigo 989 do Código Civil Brasileiro.

2 Vide artigo 1.052 do Código Civil Brasileiro: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”

3 Ver artigo 1023 do Código Civil Brasileiro.

4 “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

Na sociedade em nome coletivo, os sócios respondem solidária (salvo disposição em contrária) e ilimitadamente pelas obrigações sociais⁵. Nas cooperativas a responsabilidade dos sócios também pode ser ilimitada.⁶

Seguindo nossa proposta, analisaremos as hipóteses em que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é a regra geral e legal, tratando da (s) possível (eis) hipótese (s) em que o uso da personalidade jurídica distorcida da verdadeira finalidade legal autorize adotarmos a teoria da desconsideração que tem como fundamento a *disregard of legal entity theory*.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se pela primeira vez de forma explícita esta teoria no Código de Defesa do Consumidor, responsabilizando a pessoa física do sócio se constatado uso irregular da pessoa jurídica ou abusivo, que gerem prejuízos ao consumidor.

Posteriormente, outras áreas como o Direito de Família e o Direito do Trabalho também se valeram deste instituto.

Enfatizaremos nesta pesquisa a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em especial na seara trabalhista.

No Direito do Trabalho, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica é empregada visando coibir o “leva, mas não ganha”, transferindo à pessoa do sócio a responsabilidade quando a pessoa jurídica não tiver patrimônio para saldar suas dívidas, visa satisfazer o crédito trabalhista nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, violação da lei ou do contrato.

Pode-se dizer que na seara trabalhista esta teoria é uma forte aliada dos empregados.

De outro lado, temos o empresário, empregador, diretamente atingido pelos efeitos da aplicação desta teoria.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica gera insegurança ao empresário brasileiro, quando, ainda que não mais seja sócio de determinada empresa, vê seu patrimônio ameaçado por uma má-gestão que se quer contribuiu ou deu causa.

Neste enfoque, Luiz Eduardo Amaral de Mendonça⁸ nos traz as seguintes indagações:

“... por quanto tempo um ex-sócio deve viver preocupado com eventuais execuções trabalhistas? Há a necessidade do mesmo ser intimado acerca da execução? Pode uma empresa ser considerada “do mesmo grupo econômico” de outra pelo fato de, em algum momento na história, ter possuído um sócio que passou por outra empresa com execuções trabalhistas? Não existe algum critério temporal?”

⁵ Nos termos do artigo 1.039 do Código Civil Brasileiro: “*Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um*”.

⁶ Vide artigo 1095 do Código Civil Brasileiro.

⁷ A *disregard of legal entity theory* surge inicialmente em 1809 quando do julgamento do caso envolvendo o *Bank of United States X Deveaux*, porém ganha força em 1892 quando do julgamento dos casos *State v. Standard Oil Company* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e se consolida 5 anos depois quando do julgamento do caso *Salomon v. Salomon Co. Ltd.* pela Câmara dos Lordes na Inglaterra.

⁸ MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

Com o presente estudo, abordaremos a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica e seus efeitos quanto à responsabilidade dos sócios e administradores no atual sistema jurídico brasileiro.

Ante a divergência interpretativa jurisprudencial sobre um mesmo diploma legal, tentaremos trazer parâmetros claros que vise conceituar a “empresa” para a Justiça do Trabalho, “a desconsideração da personalidade jurídica”, “o grupo econômico” e por fim, propor critérios para se definir a extensão temporal da responsabilidade do ex-sócio ou ex-administrador.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma formulação geral para, em seguida, buscar jurisprudência e doutrina para sustentar a conclusão obtida.

Finalmente, podemos dizer que o presente trabalho, não tem o objetivo e sequer a pretensão de esgotar o tema proposto, a intenção é trazer uma visão geral sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, buscando relacioná-la com os limites e aplicação no direito do trabalho desta teoria.

1 - TEORIA DO TEMA COM BASE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O código civil revogado (Lei 3.071/1916) trazia consigo em seu artigo 20 a expressa disposição separando a personalidade da pessoa física natural da jurídica, in verbis:

“As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”.

O atual código civil (Lei 10.406/2002) não trouxe redação semelhante⁹, porém em compensação inovou ao normatizar a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa jurídica em determinadas situações específicas tratadas no artigo 50, in verbis:

“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”¹⁰

O Código Civil de 2002 inovou em diversos aspectos e dentre eles, trouxe importantes modificações buscando equacionar a questão da responsabilidade.

Diante da importância que a pessoa jurídica possui para o direito e para a sociedade, o próprio sistema jurídico dispõe de instrumentos para proteger tal instituto, corrigindo eventuais fraudes e abusos no seu exercício.

Através da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a personalidade distinta e a autonomia patrimonial são afastadas temporariamente, fazendo com que sócios e administradores sejam responsabilizados, como se a pessoa jurídica não existisse.

A inserção da teoria da desconsideração no Código Civil de 2002 não se trata de verdadeira inovação, vez que sua aplicação já era uma realidade nos tribunais brasileiros, mesmo que os dispositivos normativos que tratavam até então da *disregard doctrine* o faziam de forma confusa e, muitas vezes, até errônea.

A pessoa jurídica pode ser definida como o conjunto de pessoas ou de bens que têm por objetivo a consecução de determinados fins, dotado de existência, patrimônio e personalidade jurídica próprios.^{11 12}

Nesse sentido, como já dito, era claro o Código Civil de 1916, ao estabelecer em seu artigo 20: "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus

⁹ O artigo 52 mais se aproxima ao conceito do revogado artigo 20: “*Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*”.

¹⁰ Código Civil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm - acesso em 10/03/2014.

¹¹ POPP, Carlyle. Pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 307-308; BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 131.

¹² Segundo Arnaldo Rizzardo, "Trata-se da personificação de um grupo de pessoas físicas, ou de um ente criado por lei, ou de um patrimônio, mas geralmente envolvendo uma quantidade de pessoas, as quais resolvem criar um laço de união que as congrega em torno de um objetivo comum, para alcançar determinado objetivo" (RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 247).

membros". O Código Civil de 2002 embora não traga referência expressa ao assunto, em nada modificou a natureza jurídica do instituto¹³.

Assim, a desconsideração será possível se o abuso consistir em desvio de finalidade (o objetivo social foi desvirtuado, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos em lei) ou confusão patrimonial (a atuação do sócio ou administrador confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, não sendo possível identificar a separação patrimonial entre ambos). Nos dois casos, deve haver a ocorrência de prejuízo, individual ou social, que justifique a suspensão temporária da personalidade jurídica da sociedade.¹⁴

No entanto, o artigo 50/CC não é taxativo, contemplando apenas duas hipóteses de abuso da pessoa jurídica, pois o abuso pode ocorrer: no exercício de direitos ou outras situações subjetivas de sócio (em geral a limitação da responsabilidade),¹⁵ ou na própria separação estabelecida entre a pessoa jurídica e seus membros, em que a referida separação é alegada em circunstâncias contrárias à função.¹⁶

Às espécies de abuso correspondem as espécies de desconsideração. Assim, pode ocorrer desconsideração da limitação da responsabilidade, que ocorre quando, esgotados os bens da pessoa jurídica, passam a ser executados os bens dos sócios. Ou desconsideração da separação existente entre a pessoa jurídica e seus membros, quando há inversão na atribuição de direitos ou situações subjetivas do(s) sócio(s) ou da pessoa jurídica.¹⁷

Além de casos, por exemplo, de decisões que determinam a penhora de bens de sócios em sociedades dissolvidas irregularmente, e penhora, por dívidas pessoais, de bens do sócio incorporados fraudulentamente ao patrimônio de pessoa jurídica.¹⁸

Não só pelo dispositivo que contempla a *disregard doctrine* no Código Civil de 2002, mas também por toda a construção doutrinária e jurisprudencial já existente no direito brasileiro, percebe-se houve a adoção tanto da teoria subjetiva como a objetiva da desconsideração.¹⁹

¹³O Projeto de Lei n. 7.160/02 propõe o seguinte texto para o artigo 50 do Código Civil: "Art. 50. As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. §1º Nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso da personalidade jurídica, pode o juiz declarar, a requerimento da parte prejudicada, 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, que lhes deram causa ou deles obtiveram proveito, facultando-lhes o prévio exercício do contraditório. §2º O requerimento deve indicar objetivamente quais os atos abusivos praticados pelos administradores ou sócios da pessoa jurídica; §3º Nos casos de fraude à execução, não será desconsiderada a personalidade jurídica antes de declarada a ineficácia dos atos de alienação, com a consequente excussão dos bens retornados ao patrimônio da pessoa jurídica." (FIUZA, Ricardo. *O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44).

¹⁴GOMES, Daniel Vasconcelos – artigo – A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o Código Civil de 2002 - <http://jus.com.br/artigos/17342/a-teoria-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-codigo-civil-de-2002> - Publicado em 09/2010 - acesso em 10/03/2014.

¹⁵Exemplos: empréstimo feito à sociedade pelo próprio sócio, a criação de sociedade com capital insuficiente, a confusão de bens, etc.

¹⁶Exemplo: pessoa física assume obrigação de não fazer, e busca valer-se da sociedade personificada para praticar a conduta cuja abstenção se obrigara.

¹⁷ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: *A reconstrução do direito privado*, 2002, p. 719-721.

¹⁸Ibidem, p. 723-725.

¹⁹Fábio Ulhoa Coelho denomina a teoria subjetiva como teoria maior da desconsideração, e a teoria objetiva de teoria menor. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 2002, p. 35-46).

A teoria subjetiva requer, para a aplicação da teoria da desconsideração, a existência de fraude ou abuso. Para a teoria objetiva, basta a confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios.

No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, a concepção subjetiva é mais apropriada à teoria da desconsideração, servindo para delimitar as situações em que tem cabimento a sua aplicação, enquanto que a concepção objetiva deve auxiliar o demandante na produção de prova.²⁰ As duas concepções se completam, abrangendo um maior número de hipóteses de aplicação da teoria.

Embora a busca da justiça seja a tônica da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, esta deve ser aplicada cautelosamente, para que não fique banalizada e acabe desestruturando o próprio instituto da pessoa jurídica²¹.

Segundo Marlon Tomazette:

“Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção a desconsideração. (...) Apenas se comprovando cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração, e sacrificar a autonomia patrimonial”.²²

Para que a desconsideração possa ser aplicada, devem estar presentes os seguintes requisitos:

(i) Sociedade personificada, na qual os sócios tenham responsabilidade limitada. Se a sociedade não for personificada, ou se personificada, mas for sociedade em que os sócios tenham responsabilidade ilimitada em razão das obrigações sociais, não há razão de desconsiderar a sociedade para que os sócios sejam responsabilizados.

(ii) Configuração da fraude ou abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial. A fraude ou abuso ocorre através da personalidade jurídica, porque os atos negativos não são praticados pela pessoa jurídica, mas através dela.

(iii) Que não se trate de responsabilização direta por ato próprio do sócio ou administrador. Casos em que a responsabilização também independe da desconsideração, como será abordado em item próprio.

(iv) Manutenção da validade dos demais atos jurídicos, vez que a desconsideração não tem por objetivo promover a extinção da atividade empresarial; do contrário, quer preservá-la. A personalidade será conservada sempre que a atuação da pessoa jurídica não for um instrumento para a realização de atos não apropriados com sua finalidade.

Antes, "a repressão às irregularidades e abusos de forma significava, via de regra, a dissolução da pessoa jurídica".²³ Com a utilização da teoria da desconsideração, é possível a repressão de fraudes e atos abusivos preservando os interesses da coletividade. De modo que é possível a continuidade da empresa, e a consequente preservação da produção, dos postos de trabalho e a arrecadação de tributos pelo Estado.

De modo que, se a previsão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil representa a sua valorização pelo ordenamento, é importante não esquecer que tal mecanismo somente deve ter lugar nos casos que a pessoa jurídica

²⁰COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 44.

²¹FRIGERI, Márcia Regina. A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da pessoa jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 739, p. 63, maio 1997.

²²TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. Revista dos Tribunais, v. 794, dez. 2001, p. 79.

²³COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 42.

seguir de escudo para práticas irregulares, para que sua utilização não seja banalizada e descaracterize seu próprio fim, que é a proteção da pessoa jurídica.²⁴

Vale dizer, que muito antes da reforma do código civil, leis esparsas já tratavam da hipótese de desconsiderar-se a personalidade jurídica da pessoa jurídica mediante requisitos variados.

Em 1990 o artigo 28²⁵ do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) conceituou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa mediante situações específicas. Esse mesmo texto foi repetido *ipsis literis* pelo legislador 4 (quatro) anos depois quando da edição do Artigo 18 da Lei Anti-Concorrencial (nº 8.884/94).

Para desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa, o aplicador da norma deveria se convencer da presença de uma das seguintes hipóteses de cabimento:

- a) Abuso de direito ou excesso de poder cometido pelo sócio;
- b) Infração da lei, fato ou ato ilícito;
- c) Violação dos estatutos ou contrato social;
- d) Falência;
- e) Estado de insolvência;
- f) Encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Coincidentemente 4 (quatro) anos depois, em 1998 surge uma nova possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa tratada agora na Lei de proteção ao Meio Ambiente²⁶, sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.²⁷

Em 2005, a nova Lei Falimentar nº 11.101/05 trouxe o conceito da desconsideração em seu Artigo 82.²⁸ Trataremos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na falência, adiante, em capítulo específico.

Estudaremos ainda, adiante, a redação do artigo 50 do Código Civil Brasileiro e a possibilidade de interpretação extensiva de modo a abarcar a hipótese inversa ou invertida da desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Dentre as hipóteses de cabimento da teoria da desconsideração, o que mais nos importa neste estudo é a intencional (fraudulenta) confusão patrimonial causada

²⁴Nesse sentido, a conclusão de n. 7 da 1ª Jornada de Estudos do Código Civil/STJ: "Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela haja incorrido". (POPP, Carlyle. Op. cit., p. 328).

²⁵"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".

²⁶Lei nº 9.605/98.

²⁷Artigo 4º: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

²⁸"A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. § 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo. § 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização".

pelo sócio que tenta se esconder sob o véu da pessoa jurídica, de modo a proteger (ilegalmente) seu patrimônio capaz de saldar possíveis e prováveis dívidas.

Foi numa famosa palestra do Professor RUBENS REQUIÃO proferida na Universidade Federal do Paraná que a teoria da desconsideração começou a ganhar corpo no Brasil.²⁹

No direito comparado, a decisão judicial precursora ocorrera nos Estados Unidos da América em 1809 no caso envolvendo o Bank of United States X Deveaux. Porém a decisão judicial famosa aconteceu na Inglaterra no ano de 1827 no caso: Aaron Salomon X Salomon & Co, que abordaremos mais detalhadamente no capítulo 4.2 deste estudo.

Nossos tribunais já enfrentam o tema com posicionamento firme acerca das hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica. O Superior Tribunal de Justiça, em especial, vem se posicionando de maneira rígida quanto a necessidade da presença bem clara dos elementos caracterizadores. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CC/2002. TEORIA MAIOR. MUDANÇA DE ENDEREÇO DA EMPRESA. INSUFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mudança de endereço da empresa executada não constitui motivo suficiente para a desconsideração da sua personalidade jurídica. Precedente. 3. A verificação da presença dos elementos autorizadores da disregard, elencados no art. 50 do Código Civil de 2002, demandaria a reapreciação das provas carreadas aos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 159.889/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 18/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - INCLUSÃO DE EX-SÓCIOS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NO POLO PASSIVO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA EM FASE DE EXECUÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO -

²⁹REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

INSURGÊNCIA DOS RÉUS. 1. Incidência do óbice da Súmula 282/STF ante a ausência de prequestionamento do art. 50 do CC. 2. A análise da questão de, ao tempo da desconsideração da personalidade jurídica, ser descabida a responsabilização dos ex-sócios pela obrigação reparatória, ante o decurso do prazo de 2 anos previsto nos artigos 1.003 e 1.032 do CC, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível nessa via especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1123946/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013)

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já enfrentou o tema, a nosso ver com menos rigidez no tocante a presença dos requisitos autorizadores da desconsideração:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº1211586- 0/5 27ª Câmara Cível, TJ/SP Relator Des. Campos Petroni AGVTE: SAMUEL SERSON AGVDO:ROSÂNGELA APARECIDA JELEASCOV VISTOCA Data do Julgamento: 09/06/2009

EMENTA:Locação imobiliária residencial escrita, com fiadora. Execução. Pedido de desconsideração "inversa" da personalidade jurídica. Art. 50, do CC. Dá-se provimento ao agravo do autor/locador/exequente, mesmo porque a fiadora agravada quedou-se inerte, o que só pode ser considerado como mais um fator contra ela.

VOTO: “Não se pode olvidar do princípio da economia processual e também que a execução se faz em benefício do credor, que carreou aos autos doutrina sobre essa "desconsideração invertida", art. 50, do CC, podendo ter havido confusão patrimonial, tendo em conta inclusive que nada foi encontrado em nome da executada fiadora”

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1198103-0/0 29ª Câmara Cível, TJ/SP Relator Des. Pereira Calças AGVTE: MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA ADVOGADOS AGVDOS: CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE HYUNDAI CAO DO BRASIL CAO MONTADORA DE VEÍCULOS Data do Julgamento: 26/11/2008

EMENTA: "Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença condenatória. Deferimento de penhora "on line" de numerário existente em contas bancárias/aplicações do devedor. Frustração da penhora em face da informação da inexistência de saldo nas contas bancárias. Devedor é sócio controlador de sociedades empresárias e considerado o maior revendedor de veículos da América Latina. Pedido de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica para que a penhora recaia em saldos bancários das sociedades empresárias controladas pelo devedor. Indeferimento pelo juiz de primeiro grau. Reconhecimento da

possibilidade de se declarar a desconconsideração da personalidade jurídica incidentalmente na fase de execução da sentença, não se exigindo ação autônoma, mas, observando-se o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Prova de que o sócio devedor é, em rigor, "dono" da sociedade limitada e da sociedade anônima fechada, das quais é o presidente, controlador de fato, e, apesar da participação minoritária de sua esposa, ficam elas caracterizadas como autênticas sociedades unipessoais. Confusão patrimonial entre sócio e sociedades comprovada. Patrimônio particular do sócio controlador constituído de bens que, na prática, mesmo que penhorados, não seriam convertidos em pecúnia para a satisfação do credor. Oferecimento de bens imóveis à penhora, que, por se situarem no Estado da Paraíba, distantes mais de 2.600 km de São Paulo, onde tramita a execução, com nítido escopo de se opor maliciosamente à execução, empregando ardis procrastinatórios, que configura ato atentatório à dignidade da justiça. Agravo provido, para deferir a desconconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades empresárias indicadas (Limitada e S/A fechada), autorizada a penhora virtual de saldos de contas bancárias."

O objetivo da desconconsideração da personalidade jurídica, a meu ver, é relativizar a proteção que a empresa possa trazer aos sócios que intencionalmente não honram com os compromissos assumidos e não se importam em permanecer nesse estado de insolvência. Os maiores beneficiados da teoria da desconconsideração são os credores da pessoa jurídica, e porque não dizer a própria função social que uma empresa deve seguir como ente gerador de empregos. Garantir que os compromissos serão honrados inclusive com a possibilidade de expropriação de bens dos sócios, desde que evidentemente preenchidos os requisitos da lei, numa última análise evita que aventureiros montem empresas sem o mínimo planejamento.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar, que a grande novidade introduzida pelo Código Civil de 2002 foi a limitação da responsabilidade dos sócios, que será tratada adiante em capítulo específico, dada a sua relevância, sendo cenário de grandes discussões, principalmente na Justiça do trabalho, onde vem sendo aplicada de formas diferentes, devido a discricionariedade do juiz.

2 - PESSOAS NATURAIS E PESSOAS JURÍDICAS: PERSONALIDADE E CAPACIDADE

De início, conceituaremos “pessoa”: A origem mais provável da palavra “pessoa” é o verbo latino “personare”, aglutinação da preposição “per”, que significa “para”, “através”, e do substantivo “sonus”, que significa “som”. Há outra particularidade interessante na construção do conceito que essa palavra transmite. Para imprimirem a maior dramatização possível aos tipos encenados em seus teatros, os atores gregos usavam um tipo de máscara que também ajudava a amplificar a voz e a permitir a exata compreensão do enredo naqueles anfiteatros a céu aberto. Os romanos chamavam essas máscaras de “persona”, significativa de “per sonus”, isto é, “para o som”, “para amplificar o som”. Com o tempo, “persona” deixou de ser apenas o nome da máscara usada pelos atores gregos e passou a significar o papel cenográfico que eles representavam por meio dela, daí “personagem”, “personificação”, e todos os demais étimos derivados da mesma raiz.

Assim como o termo “persona” passou a significar no teatro grego o “papel” representado pelos atores, o termo “pessoa”, que dele deriva, passou a significar na vida civil o “papel” que cada um de nós representa no teatro da realidade possível. Por isso, quando o art. 1º do nosso Código Civil diz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, está dizendo que toda pessoa pode ser sujeito de relações jurídicas, tem uma “personalidade jurídica” e pode, enfim, representar o seu papel na vida civil. Essa “personalidade jurídica” é um atributo que o Direito lhe dá para que desempenhe de modo apto um “papel jurídico” que lhe permita adquirir direitos e contrair obrigações. Numa palavra, quando uma pessoa celebra um contrato, firma uma obrigação, pratica qualquer ato que implique adquirir um direito ou contrair uma obrigação, não faz mais do que exercer um direito que decorre da sua personalidade. Ela só está “cumprindo o seu papel”.

A pessoa natural é o ser humano, também conceituado por alguns doutrinadores como: Pontes de Miranda e Silvio Venosa, de pessoa física ou natural. Utilizam-se desta terminologia para indicar na esfera jurídica e social o homem como sujeito de direitos e obrigações.

Como nos leciona Thereza Nahas:

“Pessoa, em princípio, é o ser humano, mas o direito permite criações artificiais fundado no próprio interesse humano, de certos entes que se apresentam agrupados e outros que, sem ter corpo certo, são visíveis, aos olhos sociais e que o jurista não podia ignorar. São os primeiros denominados pessoas jurídicas e os segundos pessoas formais”³⁰.

Podemos dizer que a personalidade é atributo da pessoa, demonstra a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações, se for sujeito de direitos, possui personalidade.

Pelo nosso sistema jurídico, vale resaltar, que a personalidade inicia com o nascimento com vida e termina com a morte. O legislador, não conferiu personalidade ao nascituro, mas pôs a salvo os seus direitos, assim como, preservou a personalidade

³⁰NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 12

dos que morrem, legitimando o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau (CADI – cônjuge, ascendente, descendente e irmão).

Pessoas jurídicas são ficções, criaturas artificiais do direito para que desempenhem funções negociais no comércio jurídico e possam ser responsabilizadas por isso. A “pessoa jurídica” é, portanto, um ente ideal a quem o direito atribui uma “personalidade jurídica”.

Enquanto a personalidade civil da pessoa natural começa com o seu nascimento com vida (Código Civil, art. 2º) e termina com a morte (Código Civil, art. 6º), a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro (Código Civil, art. 45). Se for sociedade simples, Registro Civil de Pessoas Jurídicas; se for sociedade empresária, Registro Público de Empresas Mercantis.

A criação da personalidade jurídica é motivada pela organização de pessoas e bens, atribuindo personalidade ao grupo diferentemente de seus membros, passando esse grupo a atuar e ser representado no meio jurídico e empresarial por meio de uma personalidade própria, que seria a personalidade jurídica.³¹

A personalidade jurídica foi criada para ser uma espécie de ferramenta para facilitar a vida em sociedade. Tratando uma massa de pessoas como unidade, dando praticidade aos atos jurídicos, assumindo direitos e obrigações, e todas as obrigações contraídas remetem ao patrimônio específico da sociedade.

A composição da personalidade jurídica, segundo os ensinamentos de Caio Mário, é mediante um conjunto de pessoas que dá a seu patrimônio uma destinação específica. Isso as torna com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.³²

Em que pese existir dois tipos de sociedade que não possuem personalidade jurídica, as sociedades em conta de participação e as sociedades comuns (irregulares), as sociedades empresárias, em geral, tem como essência a personalidade jurídica.

Existem vários motivos para a criação da personalidade jurídica, como por exemplo, a praticidade em organizar um patrimônio dirigido por inúmeras pessoas. Tal situação seria impossível de ser realizada de forma individual.

Outro fator determinante para a criação do instituto da personalidade jurídica é a independência entre o patrimônio de um sócio e o da sociedade empresária, sendo o patrimônio da sociedade totalmente distinto do patrimônio de todos os seus sócios ou membros, ou seja, as obrigações adquiridas pela sociedade empresária devem ser adimplidas apenas com os bens da sociedade empresária. Essa situação traz uma segurança tanto para o patrimônio da empresa como para o patrimônio do sócio.

Portanto, não se pode adentrar dentro do patrimônio da empresa para saldar dívidas oriundas unicamente das obrigações particulares dos sócios e, em tese, não se poderia adentrar no patrimônio particular do sócio para saldar eventuais dívidas da sociedade empresária. A segurança ao patrimônio do sócio se dá mediante o tipo societário escolhido, possibilitando ao empresário controlar e limitar o risco de praticar determinada atividade empresária, incentivando a empresa e imputando apenas o risco inerente à atividade empresarial exercida.

Segundo Maria Helena Diniz temos três requisitos para a criação da personalidade jurídica: “organização de pessoas ou de bens; liciedade de propósitos ou fins; e capacidade jurídica conhecida por norma”³³, tornando a personalidade jurídica

³¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v. p. 182.

³²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 185.

³³DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 222.

uma importante ferramenta para sociedade, devendo somente ser desconsiderada em casos extraordinários.

Tratando agora da capacidade, podemos dizer que à medida da personalidade, foi atribuído o nome de capacidade, esta pode ser: de direito ou jurídica e de fato ou exercício.

A capacidade de direito ou jurídica é conferida a todo ser humano, através dela se pode exercer direitos e contrair obrigações. A capacidade de fato ou exercício, traz ao indivíduo, o direito conferido a cada pessoa de exercer direitos e contrair obrigações pessoalmente.

Embora a definição acima, nos transmita a ideia de que a capacidade pareça ser ilimitada, isto não corresponde à verdade, o legislador estabelece que a capacidade, poderá ser plena ou limitada de forma absoluta ou relativa.

Para melhor elucidar a questão, tomaremos como exemplo o direito do trabalho, o legislador trabalhista levou em conta, para diversos atos, que fosse observada a idade fisiológica da pessoa, para produzir efeitos jurídicos pela própria vontade, por exemplo: a pessoa que figura em contrato de trabalho deverá ter no mínimo 16 anos, ou 14 anos no caso de contrato de aprendizagem, tal limite de idade, ou seja, 16 anos, também será observado, caso queira uma pessoa ser empregador.

Acerca do tema, Thereza Nahas, nos ensina que pode-se, concluir, assim, que toda pessoa que nasce com vida tem efetivamente existência jurídica. Com relação à pessoa física, o nascimento com vida a faz titular de direitos e obrigações na esfera civil, incluída aqui a trabalhista, ou seja, dá-lhe o status de ter personalidade jurídica.³⁴

Com o passar do tempo e a evolução, diversas teorias surgiram para explicar o fenômeno da pessoa jurídica.

Preferimos, adotar a ideia de que a pessoa jurídica é um ente autônomo distinto da pessoa física. As pessoas jurídicas são reconhecidas pelo direito que as caracteriza de forma diversa daquelas que as criam.

Como nos lembra Caio Mário:

“...não basta, entretanto, que alguns indivíduos se reúnam, para que tenha nascimento a personalidade jurídica do grupo. É preciso que, além do fato externo da sua aglomeração, se estabeleça uma vinculação jurídica específica, que lhe imprima unidade orgânica. Em virtude dessa unidade, como fator psíquico de sua constituição, assume a entidade criada um sentido existencial que a distingue dos elementos componentes, o que já fora pela agudeza romana assinalado, quando dizia que “societas distat a singulis”. Numa associação vê-se um conjunto de pessoas, unindo seus esforços e dirigindo suas vontades para realização dos fins comuns. Mas a personificação do ente abstrato destaca a realização coletiva do grupo, das vontades individuais dos participantes, de tal forma que o seu querer é uma “resultante” e mera justaposição das manifestações volitivas isoladas”.³⁵

³⁴NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 14

³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 186.

Devemos ressaltar que a Constituição Federal exprime o direito de associação, de modo que, a personalidade passa a ser um direito constitucional.

Cabe lembrar, que as pessoas jurídicas, assim como as naturais, devem nascer para adquirir personalidade.

Por fim, salienta-se, que a pessoa jurídica possui vida própria, independe daqueles que a criaram, sendo certo que, ainda que faleça um de seus sócios, nem por isso, se finda a pessoa jurídica. Com a aquisição da personalidade, a pessoa passa a ter capacidade, que estará estrita ao objeto e à finalidade para qual a pessoa jurídica foi criada. Porém existem diferenças a serem consideradas, e que trataremos adiante, quanto à aquisição de personalidade da pessoa jurídica privada e a pessoa jurídica de direito público.

2.1 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Primeiramente, definiremos quais são as pessoas jurídicas de direito público, trata-se de um rol trazido pelo artigo 41 do Código Civil, são pessoas regidas pelas normas de direito administrativo e constitucional, possuem na Constituição Federal a fonte maior de sua personalidade. Quando criadas com estrutura de direito privado, ficam subordinadas ao Código Civil, resguardando-se, no que ferir o ordenamento público ou for com ele incompatível.

As pessoas jurídicas de direito público, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, possuem atribuições e responsabilidades reguladas, assim como suas funções, podemos evidenciar claramente isto na Constituição Federal, nos artigos 20 a 24 (União), artigos 25 a 38 (Estados), artigos 29 a 31 (Municípios), artigo 32 (Distrito Federal) e por fim, artigo 33 (Territórios).

O legislador cuidou de traçar a divisão das pessoas jurídicas de direito público em duas categorias: de direito público interno e externo. Assim como vedou a intervenção de um ente no outro, sendo clara na Constituição apenas duas exceções, previstas nos artigos 34 e 36.

A criação da Pessoa Jurídica de Direito Público se dá com a assinatura de um contrato social num estado de natureza, o estabelecimento de uma constituição, por leis especiais, e por tratados internacionais.

O conceito de personalidade jurídica aplicado às pessoas jurídicas sujeitas ao regime de direito público, possuem definição diversa daquele utilizado para aquelas sujeitas ao direito privado, em razão de o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal, artigo 5, inciso II, revestir-se de intenções diversas ao disciplinar o setor público e o privado.

No primeiro caso, estaria relacionado à obrigação de o Estado somente realizar o que lhe for legalmente autorizado, ao passo que na segunda hipótese, existe permissão para que sejam realizados todos os atos que não estiverem proibidos.

A pessoa jurídica de direito público possui processo de criação diferenciado. Maria Helena Diniz identifica que tais entes “iniciam-se em razão de fatos históricos, de criação constitucional, de lei especial e de tratados internacionais, se tratando de pessoa jurídica de direito público externo”.³⁶

A administração pública está sujeita a regras rígidas, devendo respeitar os princípios basilares, devendo a administração pública direta ou indireta obedecer aos

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 265.

princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (artigo 37).

A responsabilidade das pessoas de direito público será sempre objetiva, conforme artigo 37, §6º da Constituição Federal e artigo 43 do Código Civil. Ficando de todo modo, resguardado o direito de regresso, quando for o caso, da pessoa pública contra seus agentes.

Serão pessoas jurídicas de direito público interno todas as entidades de caráter público criadas por lei, artigo 41, inciso V, do Código Civil.

Serão pessoas jurídicas de direito público externo, os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público, artigo 42 do Código Civil. São reguladas pelo direito internacional, abrangendo as “nações estrangeiras, Santa Sé e organismos internacionais (ONU, OEA, Unesco, FAO, etc)”³⁷.

A representação das pessoas jurídicas de direito público se faz através de seus governantes, por meio de seus agentes diplomáticos, consoante disposição do artigo 11, §2º da Lei de introdução ao Código Civil.

2.2 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

As pessoas jurídicas de direito privado, de início, podemos dizer, que possuem interesses e objetivos absolutamente contrários aos das pessoas jurídicas de direito público.

A aquisição da personalidade jurídica das pessoas jurídicas de direito privado, se dá com o respectivo registro, precedido, quando necessário de autorização ou aprovação do Poder Executivo, conforme artigo 45 do Código Civil. São estas pessoas instituídas por particulares.

Será competente como local para registro dos atos constitutivos, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para associações, fundações e sociedades simples, ao passo que as sociedades empresárias será a Junta Comercial, conforme artigo 1150 do Código Civil.

A divisão normalmente utilizada pela doutrina para as pessoas jurídicas de direito privado é aquela que as distingue em associações, sociedades e fundações, muito embora o Código Civil em seu artigo 44 faça menção às entidades religiosas e aos partidos políticos como entidades da mesma natureza, há quem entenda, que estas duas últimas, são espécies do gênero associação.

As pessoas jurídicas de direito privado, poderão constituir-se tanto como grupo de pessoas, como no caso das associações e sociedades, quanto como massa de bens, situação das fundações. O que as diferencia principalmente é a finalidade para que são constituídas.

Em regra, a gestão da sociedade será realizada pelo administrador indicado no ato constitutivo. Pode ocorrer casos em que a administração seja coletiva, caso em que as decisões serão tomadas pela maioria.

Normalmente, quem responderá pelos atos praticados pela pessoa jurídica é ela própria, tendo em vista que possui responsabilidade e personalidade. Nas hipóteses em que o administrador ultrapassar os limites dos poderes que lhe foram conferidos, responderá, quer tenha agido fora (desvio), que tenha agido além (excessos), conforme

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

artigos 47 a 49 do Código Civil, abordaremos o tema com o devido detalhamento em capítulo futuro.

Por outro lado, cabe lembrar, que a pessoa jurídica possui três anos para anular as decisões do administrador quando estas violarem a lei ou o estatuto, eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude. Frisa-se, ainda, trata-se de prazo decadencial.

2.3 ASSOCIAÇÕES

As associações possuem uma peculiaridade, caracterizam-se pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos e lícitos, conforme disposto no Código Civil. Salienta-se que fins não econômicos não quer dizer que as associações não possam gerar rendas. Um bom exemplo disso é a prestação educacional.

Quando a associação gerar renda, poderá utiliza-la para manutenção de sua própria estrutura. Ficando vetada a partilha de lucros e dividendos para seus membros das atividades ali desenvolvidas.

A Constituição Federal garante o direito de associar-se em seu artigo 5º, incisos, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI.

Uma associação por excelência e muito conhecida são os sindicatos, pessoas jurídicas de direito privado, adquirem personalidade com o registro dos seus estatutos no cartório de títulos e documentos, formam-se por categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas.

As associações devem obedecer aos estatutos e a finalidade que as criou, seus associados, não possuem entre si, direitos e obrigações recíprocas, mas deverão observar os estatutos de constituição e a finalidade da associação. Estes estatutos devem observar o que dispõem o artigo 54 do Código Civil.

Os órgãos necessários a uma associação são: assembleia geral, diretoria administrativa e conselho fiscal, cujas funções de cada um, assim como dos associados virão descritas no estatuto. Será possível a criação de órgãos facultativos, mas deverá para isso, haver previsão no estatuto.

Por ser pessoa jurídica dotada de personalidade, como as demais, responderá pelos seus atos, assim como, em caso de excesso de poder ou atos contrários ao estatuto, responderá na pessoa de seus administradores.

Por fim, no caso de dissolução da associação, deverá ser acertadas as suas contas e após, seus bens, se houver patrimônio líquido, deverá ser destinado à entidades de fins não econômicos, se não houver na localidade em que a associação tiver sede, instituição nas mesmas condições que a dela ou similares, o que remanescer será devolvido à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

2.4 FUNDAÇÕES

Diferente do que estudamos até aqui sobre as pessoas jurídicas, as fundações, não se formam pela reunião de pessoas, mas sim pela destinação de um patrimônio, feita pelo instituidor, por meio de testamento ou escritura pública, para que se possibilite o cumprimento de certa finalidade.

O instituidor poderá ser uma pessoa natural ou jurídica, o nascimento da fundação se dá por vontade de seu instituidor mediante a dotação patrimonial.

A afetação do patrimônio para a constituição da fundação possui um caráter altruísta, e este não poderá ser modificado no curso da fundação. As fundações sempre são formadas para um interesse de utilidade social, ainda que a destinação do patrimônio seja de ordem privada (fundações privadas).³⁸

O instituidor deverá para criar uma fundação o fazer por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, podendo, além de determinar o fim a que se destina, determinar ainda, a forma que deverá ser administrada, conforme artigo 62 do Código Civil.

Ressalta-se ainda que em hipótese de o patrimônio ser insuficiente para a criação de uma fundação, este será incorporado a outra, já existente, com igual ou semelhante finalidade, caso seu instituidor não tenha disposto em contrário.

Quando a fundação se der por um negócio *inter vivos*, o instituidor fica obrigado a realizar a transferência dos bens, sob pena de sofrer intervenção judicial.

Os estatutos de uma fundação deverão respeitar a vontade de seu instituidor, caberá ao Ministério Público a aprovação ou não destes estatutos e caso se deseje realizar alterações em quaisquer deles, será necessário a observância dos requisitos previstos no artigo 67 do Código Civil.

Caso o objeto de uma fundação, se torne ilícito, impossível ou inútil, qualquer interessado ou o próprio Ministério Público poderá requerer a sua extinção.

A fundação como demais pessoas jurídicas, responde por seus atos, os administradores respondem pelos atos que cometerem em excesso de poder ou contrários ao estatuto, conforme dispõe o artigo 47 do Código Civil.

Vale dizer, que os bens de uma fundação são inalienáveis e na necessidade inquestionável de venda de bens, deverá necessariamente ser ouvido o Ministério Público.

Conceito de Fundação para Caio Mario da Silva:

“É a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico, e realizar as finalidades a que visou o seu instituidor”.³⁹

Por última colocação a respeito das fundações, podemos dizer, que não se confundem os sócios e administradores, não se conceitua os que administram uma fundação como sócio, mas sim, como administradores. Uma fundação não possui sócio, pois é organizada em torno de um patrimônio e não de pessoas. Submete-se ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive na contratação de empregados, utilizando-se do regime celetista e não estatutário.

2.5 DAS SOCIEDADES

Primeiramente cumpre destacar, que não se pretende através deste tópico do presente estudo, esgotar ou aprofundar o tema das sociedades comerciais, a intenção é

³⁸ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 24

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 190.

apenas estabelecer uma premissa de base para melhor entendimento da responsabilidade patrimonial dos sócios e os limites desta responsabilidade.

Com a revogação da primeira parte do Código Comercial pelo Código Civil de 2002, houve uma profunda alteração do sistema legal pátrio, unificando-se os direitos das obrigações, de modo que deixou de existir regulamentação específica das sociedades civis, a sociedade civil passou a ser tratada no capítulo do Direito de Empresa.

O Código Civil de 2002, não faz mais distinção entre sociedades com ou sem fins lucrativos. As sociedades civis foram colocadas entre o que foi chamado de sociedade simples. As sociedades se diferenciarão conforme seu regime e norma jurídica e legal aplicável.

A pessoa jurídica empresária exerce atividade econômica sob a forma de empresa. A forma de diferenciação das sociedades simples e empresárias se dá pela maneira de exploração de seu objeto, ou seja, se uma sociedade exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviço, será empresária. Caso contrário, ou se dedicando à atividade econômica civil, será simples.

Conclui-se, portanto, que a sociedade simples agirá de forma a explorar seu objeto social, sem organização produtiva. Enquanto que a sociedade empresarial atuará de forma produtivamente organizada, explora empresariamente o seu objeto social. Duas hipóteses excepcionam-se a esta regra: a sociedade anônima em comandita por ações, que será sempre empresária, conforme disposição do parágrafo único do artigo 982 do Código Civil e do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei de Sociedades Anônimas; e as cooperativas, que serão sempre sociedade simples, independentemente de qualquer outra característica, conforme disposição também do parágrafo único do artigo 982 do Código Civil.⁴⁰

Logo, o enquadramento de uma sociedade no regime jurídico empresarial depende, essencialmente, do modo de exploração do seu objeto negocial; assim sendo, nem todas as espécies de pessoas jurídicas que empreendem atividade de natureza empresarial podem ser cotadas como sociedades empresárias; assim como existem sociedades que, independentemente de seu objeto, sempre serão consideradas como empresárias.⁴¹

Isto posto, Fábio Ulhoa Coelho conceitua a sociedade empresária como:

“(...) a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações.”⁴²

Marcelo M. Bertoldi e Marcio Carla Pereira Ribeiro também distinguem as sociedades empresárias e civis considerando a organização da atividade econômica exercida. A partir de tal premissa, conceituam as sociedades empresárias como:

“organizações econômicas, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, constituídas ordinariamente por mais de

⁴⁰COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 111.

⁴¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 109.

⁴²COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 111.

uma pessoa, que têm como objetivo a produção ou a troca de bens ou serviços com fins lucrativos.”⁴³

Maria Helena Diniz conceitua com muita propriedade a diferença entre sociedade civil e sociedade empresarial:

“Na sociedade civil visa-se o fim econômico ou lucrativo, pois o lucro obtido deve ser repartido entre os sócios, sendo alcançado pelo exercício de certas profissões ou pela prestação de serviços técnicos (...) (p.ex., uma sociedade imobiliária) (...): sociedades mercantis, que visam o lucro, mediante exercício de atividade empresarial ou comercial (...), assumindo as formas de sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria⁴⁴; sociedade em comandita; sociedade em conta de participação; sociedade de responsabilidade limitada; sociedade anônima ou por ações.”⁴⁵

Thereza Nahas em consonância e continuidade com o conceito de Maria Helena Diniz, afirma:

“A empresa comercial, nasce de uma organização firmada por uma ou várias pessoas que se propõem a exercitar atos de manufatura, circulação de riqueza ou prestação de serviços.”⁴⁶

Pela dificuldade muitas vezes de se estabelecer um critério para caracterizar a empresa comercial, acabou o legislador caracterizando o que é empresário, fazendo a definição de quem é e quem não é empresário, conforme artigo 966 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”⁴⁷

O termo empresário parece mais amplo, e porque não dizer, mais adequado, do que o antigo termo utilizado, comerciante, tendo em vista dar um contorno mais preciso e técnico, diante dos novos tipos sociais surgidos nas diversas relações empresariais. No artigo 972 do código civil, fica claro, que todo aquele que estiver em gozo de sua capacidade civil ou não estiver legalmente impedido pode ser empresário.

A existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro. A sociedade empresária possui

⁴³BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 146.

⁴⁴Nota nossa: A sociedade de Capital e Indústria foi extraída do Código Civil de 2002.

⁴⁵DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

⁴⁶NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 14

⁴⁷Código Civil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - acesso em 10/03/2014.

seu registro particular, que é o Registro Público de Empresas Mercantis, do qual são encarregadas as Justas Comerciais.⁴⁸

Depois de constituídas, feito contrato da sociedade e devidamente registrado, após a aquisição da personalidade jurídica, as sociedades adquirem autonomia suficiente, sendo esta capaz de separar o seu patrimônio do patrimônio das pessoas que a constituíram.

Cabe lembrar, que de acordo com o tipo social, poderão os sócios responder com seu patrimônio solidariamente com o patrimônio das sociedades, estudaremos isto oportunamente.

Sendo a sociedade regularmente constituída, seguirá, assim, o que o conteúdo contratual determinar. Respeitando-se o tipo de sociedade que se formar. Se houver qualquer irregularidade na constituição da sociedade, o novo sistema reconhece estas, como sociedades de fato, conforme artigos 986 a 990 do Código Civil.

Portanto, conclui-se que sendo a pessoa do sócio, distinta da pessoa da sociedade, seus patrimônios seriam inconfundíveis. Assim como, definiu-se que o que delimitará a responsabilidade dos sócios é o tipo social e não o fato de ser a sociedade personalizada ou não.⁴⁹

2.5.1 SOCIEDADE EM COMUM

O legislador de 2002 trouxe de forma expressa a sociedade comum, nos artigos 986 a 990 do Código Civil. Não possui a condição de pessoa jurídica personificada, pois não tem seus atos inscritos no registro respectivo.

Este tipo de sociedade é também conhecida como sociedade irregular ou de fato, indica a reunião de pessoas que praticam atos das sociedades simples ou empresárias, sem o cumprimento da formalidade do registro, sendo certo que o legislador não limitou a finalidade de tais pessoas a atos comerciais.

Embora muitos doutrinadores conceituam a sociedade irregular e a sociedade de fato como distintas, partilhamos do entendimento de Fábio Ulhoa Coelho que as define como sociedades sinônimas.⁵⁰

Todos os atos praticados pela sociedade de fato terão validade absoluta, os sócios são solidariamente responsáveis pelas dívidas e bens sociais, a lei não prevê forma especial para o pacto societário, podendo, ser verbal ou escrito.

2.5.2 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Regulada pelos artigos 991 a 996 do Código Civil, este tipo social não adquirirá personalidade jurídica, ainda que seus estatutos sejam registrados, pois isto está expresso no artigo 993 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”.⁵¹

⁴⁸ RUBENS, Requião. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 393.12

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.2, p.3-7.

⁵⁰ *Ibidem* – p. 16-19

⁵¹ Código Civil -: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - acesso em 10/03/2014

A sociedade em conta de participação estará configurada toda vez que duas ou mais pessoas se reunirem para realização de operações comerciais. Ela possui dois tipos de sócios, o oculto e o ostensivo, sendo este, o que aparece nos negócios como terceiro, contratando em seu nome e responsabilidade, aquele o prestador de capital para o sócio ostensivo, não aparecendo externamente nas relações da sociedade.⁵²

A própria lei obsta a que a sociedade em conta de participação adquira personalidade jurídica, conforme se evidencia na redação acima citada do artigo 993 do Código Civil.

Existem interpretações diversas na doutrina com relação ao enquadramento da sociedade em conta de participação como sociedade, a quem conceitue como mero contrato de investimento que o legislador teria impropriamente denominado de sociedade.

O próprio Requião,⁵³ anota que são curiosas suas características: (1) não tem razão social ou firma; (2) não se revela publicamente em face de terceiros; (3) não tem patrimônio, já que os fundos do sócio oculto são entregues, em confiança, ao sócio ostensivo, que os aplica como seus, já que passam a integrar o seu patrimônio.

Entretanto não há dúvida de que a própria lei a considerou como sociedade regular, embora não lhe tenha conferido personalidade jurídica e se trata realmente de sociedade empresária, na medida em que as disposições do artigo 994 do Código Civil brasileiro fazem considerações acerca da falência do sócio e ostensivo e sócio oculto, fixando os efeitos que a quebra produzirá sobre a sociedade. Inegavelmente, apenas as sociedades empresárias estão sujeitas à falência, de modo que a discussão que se estabelece acerca de sua natureza jurídica permanece apenas no campo doutrinário.⁵⁴

Há doutrinadores que sustentam que este tipo de sociedade teve suas origens nas sociedades em comandita e com elas se confundiam. Estas sociedades eram somente entre os sócios e não apareciam para terceiros.

Nesta sociedade, enquanto o sócio oculto não aparece para terceiros, o sócio ostensivo, ou também chamado de gerente, realiza negócios em seu próprio nome, assume compromissos e responde pela sociedade de forma pessoal e individual. Esta sociedade está sujeita a falência como já dito e para admissão de novo sócio é necessária a concordância dos demais, salvo se houver manifestação em contrário entre as partes.

Na omissão ou necessidade de interpretação subsidiária quanto às sociedade em conta de participação, deverá valer-se o interprete, das disposições relativas às sociedades simples.

2.5.3 SOCIEDADE SIMPLES

As sociedades simples, são conceituadas como sociedades regulares, serão constituídas através de contrato, particular ou público, que deverá ter por cláusulas obrigatórias aquelas descritas no artigo 997 do Código Civil.

⁵²REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 438.

⁵³Op. Cit. 2005, p.438-439

⁵⁴BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para a vinculação do patrimônio do sócio* – São Paulo: LTr, 2011. p. 74.

Pode ser conceituada como sociedade simples, aquela que tiver por objeto o desenvolvimento de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística.⁵⁵ Entretanto, deve-se, observar o que dispõem o artigo 966 do Código Civil em seu parágrafo único:

“Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.⁵⁶

Isto posto, conclui-se, que existe a possibilidade de uma sociedade com o objeto disciplinado no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, constituir sociedade empresária, depende da existência de profissionalidade como elemento de empresa.

Estas sociedades deverão ser inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, se houver pactos em separado que não constem no instrumento de contrato, estes, não terão validade perante terceiros. Todas as alterações deverão ser averbadas e as que importarem em modificação de cláusulas obrigatórias, deverão contar com a anuência de todos os sócios.

Quanto ao término da responsabilidade, convém assinalar que se houver início de processo de liquidação, não poderá quaisquer dos sócios retirar-se da sociedade, assim como não se poderá admitir novos sócios. Os sócios participarão dos lucros e perdas nos limites de suas cotas, sendo vedado, neste sentido, disposição contratual em contrário.

Este tipo de sociedade poderá ser administrada pelo sócio ou por administrador que poderá ser sócio ou não, se exercida a administração por terceiro não sócio e o contrato fizer previsão de decisões validas somente se tomadas pelos sócios, este administrador não poderá atuar nestes casos. Ainda, conforme o artigo 1011 do Código Civil, o administrador não poderá estar impedido de exercer tal função.

Vale ressaltar, que a nomeação deste administrador, se dará diretamente no contrato ou em instrumento separado, devendo, neste caso, ser averbado e até que isto ocorra, o administrador responderá solidaria e pessoalmente pelas obrigações assumidas pela sociedade que representa.

A sociedade responde, ainda, perante terceiros que com ela contratam. Sabendo-se que a sociedade é a pessoa jurídica, distinta dos sócios que a compõem, todos os compromissos que assumir serão por ela honrados.⁵⁷

É possível que os bens dos sócios respondam pelas obrigações da sociedade, todavia, há limites para tanto, devendo, primeiro honrar as obrigações com os bens sociais, cabendo aos sócios o benefício de ordem previsto no artigo 1024 do Código Civil. Depois de concedido o benefício de ordem, se necessário for, adentrar nos bens dos sócios, deverá ser respeitado o limite do capital social de cada um, conforme previsto no artigo 1023 do Código Civil, salvo se houver cláusula de responsabilidade solidária expressa.

Na hipótese de cessão de cotas, aquele que estiver sendo admitido não pode alegar em seu proveito que não responde pelas dívidas anteriores, igualmente o sócio retirante, ficará vinculado, por dois anos, por força do artigo 1032 do Código Civil. Os

⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 419.

⁵⁶ Código Civil -: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - acesso em 10/03/2014

⁵⁷ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 41

dois anos a que o antigo sócio fica vinculado, começa a contar da data da averbação contratual, sendo este, prazo decadencial.

Ainda, quanto ao âmbito temporal, nos assevera Ricardo Negrão⁵⁸ que os dois anos terão sua contagem iniciada a partir da data do arquivamento, sendo este o ato que libera o sócio no caso de retirada. Afirma que, enquanto não for registrada a alteração social, os sócios cedentes permanecem obrigados não apenas pelas obrigações precedentes ao seu desligamento, como, igualmente, às posteriores à sua saída não regularizada no órgão de registro.

Esta interpretação do artigo 1032 do Código Civil, não pode ser estendida ao administrador, pois há disposição expressa na lei, no artigo 1011, §2º do Código Civil, que regulamenta a situação do administrador. Portanto, quem não for sócio, mas pessoa contratada com o fim específico de administrar a sociedade estará a ela vinculado, até que se extinga o seu mandato, considerando as hipóteses previstas no artigo 682 do Código Civil. O prazo para reclamar contra os administradores está previsto no artigo 206, §3º, VII, *b*, do Código Civil, ou seja, três anos contados da apresentação do balanço aos sócios do ano em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento (*in verbis*).

Em se tratando de administrador sócio, deverá apurar-se a situação tratada, se de mera exclusão da administração ou de cessão de cotas e consequente retirada da sociedade, onde neste caso, além de responder pelo período que administrou a sociedade, responderá também, pelos dois anos após retirar-se dela.

A dissolução da sociedade simples poderá ocorrer em relação à pessoa jurídica ou somente um dos sócios. Quando for em relação a somente um dos sócios, poderá ocorrer, por vontade deste, por morte ou por decisão judicial. No caso de morte, seus herdeiros, nos demais casos os sócios remanescentes, ficarão vinculados quanto às obrigações da sociedade.

Vale dizer, que no caso dos herdeiros, se estes não renunciarem a herança, ficarão vinculados somente até o limite dela, conforme dispõe o artigo 1792 do Código Civil c/c com artigos 568, II e 597 do Código de Processo Civil.

Ocorrida à dissolução, imediatamente o administrador deverá nomear um liquidante, este terão seus atos restritos à gestão dos negócios que forem urgentes até que a dissolução ocorra de pleno direito. Os sócios poderão fazer rateio antecipado, antes da liquidação, desde que deliberem por maioria e sempre depois dos pagamentos dos credores.

Depois de encerrada a liquidação o sócio terá 30 dias após a averbação, para propor ação para cobrar da sociedade o que lhe couber, sendo este prazo decadencial.

Assim como os credores não satisfeitos, poderão cobrar seus haveres dos sócios após o encerramento da liquidação, todavia, até o limite recebido pelo sócio na partilha da liquidação. Cabendo ao sócio o direito de propor ação por perdas e danos contra o liquidante.

Por fim, citamos como espécie de sociedade simples, as sociedades cooperativas, previstas nos artigos 1093 a 1096 do Código Civil. Possui internamente caráter civil e externamente atua como as sociedades empresárias. A responsabilidade será limitada até o valor das cotas do associado, se houver prejuízo nas operações, será até o limite de sua atuação. As sociedades cooperativas, se aplicam de forma subsidiária as disposições relativas às sociedades simples.

⁵⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 401.

2.5.4 SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

Prevista nos artigos 1039 a 1044 do Código Civil, formada apenas por pessoas, seus sócios respondem de forma ilimitada e solidária pelas obrigações sociais. O código atual não traz a necessidade de serem sócios comerciantes, pode ser sociedade simples ou empresária, e quando empresária, estará sujeita a falência.

Como nos leciona Thereza Nahas:

“Considerando o caráter absolutamente pessoal deste tipo social, somente poderá ser administrada por sócios e a firma deverá apresentar-se com o nome de pelo menos um sócio e em seguida pela denominação & Cia. Ou & Companhia (artigo 1157 do Código Civil). O contrato social dirá qual o limite da utilização da firma, observando-se na sua utilização o uso privativo daqueles que possuem poderes para tanto”.⁵⁹

Embora o Código Civil trate este tipo social como sociedade com prazo, em seu artigo 1043, não necessariamente dever ser instituída com prazo certo, poderá ser por prazo indeterminado e se dissolver por morte de um dos sócios ou por dissolução por qualquer razão que difere de prazo determinado.

Por fim, nas omissões se aplicam de forma subsidiária as disposições relativas às sociedades simples, artigo 1040 do Código Civil.

2.5.5 SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Primeiro nos cumpre esclarecer, que chama-se sociedade empresária toda sociedade criada para fins empresariais. Tais sociedades sempre terão personalidade jurídica através da inscrição dos seus atos constitutivos no Registro do Comércio (artigo 984 do Código Civil).

Desta maneira, a sociedade empresária, como pessoa jurídica possui uma personalidade distinta da dos seus sócios e com eles não se confunde; são independentes. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, três são as consequências advindas da personalização das sociedades empresárias: 1) titularidade negocial, que surge do fato de a sociedade empresária desempenhar negócios jurídicos, configurando como parte; 2) titularidade processual, que aparece quando a sociedade empresária demanda ou é demandada em juízo, como titular de direito autônomo; e 3) responsabilidade patrimonial, ou seja, a sociedade empresária configura como sujeito de direito personalizado autônomo e responde com seu patrimônio pelas obrigações que eventualmente assumir.⁶⁰

Neste rol, Rubens Requião adiciona uma quarta consequência, a possibilidade de a sociedade modificar sua estrutura econômica ou jurídica.⁶¹

⁵⁹ NAHAS, Thereza - Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 47

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113 – 114.

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 395.

As pessoas jurídicas, dentre elas a sociedade empresária, podem, também, configurar como sujeitos ativos de delito penal, através de disposição da Lei nº 9605/1998, que protege o meio ambiente.⁶²

Vale dizer, que a personalização da sociedade empresária é extinta através de um processo de dissolução, que abrange: a dissolução em sentido estrito, ou seja, o ato de desfazimento da constituição da sociedade; a liquidação, através da qual se verifica o ativo e paga-se o passivo; e a partilha, na qual os sócios compartilham do acervo da sociedade. Ressalta-se que a personalidade jurídica da sociedade empresária apenas se extingue através de um processo judicial ou extrajudicial.⁶³

Para o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, classificam-se as sociedades empresárias por meio de diferentes critérios. Segundo o autor, os mais importantes são: aquele que leva em consideração a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; aquele que se refere ao regime de constituição e dissolução da sociedade; e aquele que diz respeito às condições para alienação da participação societária.⁶⁴

Neste estudo, nos interessa esmiuçar a classificação com relação à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

A empresa pode assumir a forma societária que mais lhe convier, sendo que, de acordo com a forma escolhida é que será determinada a maneira de dividir seu capital social, a responsabilidade dos sócios e a maneira como será administrada.⁶⁵

Excetuando as sociedades em comum (irregular ou de fato), que não possuem personalidade jurídica por não ter inscrito seu ato constitutivo no órgão competente situação que autoriza a responsabilização direta de seus sócios⁶⁶ em regra, os sócios não respondem pelas obrigações da sociedade empresária. Tal situação decorre do princípio da autonomia patrimonial desta sociedade. Portanto, se a sociedade for insolvente, o patrimônio particular de seus sócios não pode ser atingido pela dívida social; a sociedade deverá responder de forma ilimitada por suas obrigações. Mesmo no caso da falência, apenas depois de totalmente exaurido o capital social é que haverá a possibilidade de os sócios serem responsabilizados, devendo-se, entretanto, observarem-se diversos requisitos.⁶⁷

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade empresária é sempre subsidiária, conforme o disposto no art. 1024 do Código Civil de 2002 e art. 596 do Código de Processo Civil. Ou seja, os sócios somente serão chamados para responder com seu patrimônio particular se o patrimônio social não for suficiente para quitar todas as obrigações.⁶⁸ Mas entre os sócios, a depender da modalidade societária, poderá existir responsabilidade solidária. Tal responsabilidade, entretanto, pode ser limitada ou ilimitada. Será ilimitada quando o patrimônio da sociedade empresária for insuficiente para quitar suas dívidas e os credores puderem satisfazer seus créditos enquanto suportarem os patrimônios particulares dos sócios, que respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. Será limitada quando, na mesma situação, os

⁶²REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 396.

⁶³COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114 – 115.

⁶⁴COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

⁶⁵KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 51

⁶⁶DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44 – 45.

⁶⁷COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

⁶⁸MARTINS, Franz. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 206.

credores apenas puderem alcançar os patrimônios dos sócios até determinado limite, determinado pelo total de capital não integralizado; devendo suportar a perda do restante.⁶⁹

O sócio com responsabilidade ilimitada configura como solidário aos demais da mesma categoria, respondendo de forma igualitária pelas obrigações da sociedade.⁷⁰

Assim, de acordo com a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, as sociedades empresárias podem ser classificadas em: 1) ilimitadas, na qual os sócios respondem de forma ilimitada pelas obrigações sociais, configurando a sociedade em nome coletivo; 2) mista, na qual alguns sócios possuem responsabilidade ilimitada e outros possuem responsabilidade limitada, podendo configurar as sociedades em comandita simples e as sociedades em comandita por ações; e 3) limitada, na qual todos os sócios respondem limitadamente, configurando a sociedade limitada e a sociedade anônima.⁷¹

Na sociedade em comandita simples, o sócio comanditado responde de forma ilimitada pelas obrigações sociais e o sócio comanditário responde de forma limitada por tais obrigações. Na sociedade em comandita por ações, os sócios diretores respondem de forma ilimitada e os demais acionistas respondem de forma limitada pelas obrigações sociais.⁷²

Os sócios da sociedade limitada e os sócios comanditários da sociedade em comandita simples respondem até o limite do total do capital não-integralizado; e os sócios da sociedade anônima e os acionistas não diretores da sociedade em comandita por ações respondem até o limite do valor não integralizado da parcela do capital social que eles subscreveram.⁷³

Os sócios que ingressam em uma sociedade devem subscrever parte do parte do capital social desta sociedade. O capital social será considerado completamente integralizado no momento em que todos os sócios quitarem suas contribuições para a formação da sociedade.

Assim, nesta hipótese, os sócios respondem até o limite do valor do que falta integralizar no capital social da sociedade. Partindo deste pressuposto, mesmo que um determinado sócio tenha integralizado completamente o que lhe cabe e outro sócio ainda não o tenha feito com relação à sua parcela, aquele pode ser responsabilizado pelas obrigações sociais dentro do limite da quantia ainda não integralizada por este.

Obviamente, depois poderá o primeiro sócio ressarcir-se de tal valor em regresso ao sócio inadimplente.⁷⁴

Diferentemente, os sócios acionistas da sociedade anônima e os sócios da sociedade em comandita por ações respondem apenas pela parcela que subscreveram e

⁶⁹COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 117.

⁷⁰REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447.

⁷¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 117 - 118.

⁷²COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 117 - 118.

⁷³COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 118.

⁷⁴COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 119.

ainda não integralizaram. Assim, tais acionistas nunca serão responsabilizados pela não integralização atribuída a outro acionista.⁷⁵

Ressalta-se que, caso o capital social já estiver completamente integralizado, os credores da sociedade não poderão atingir o patrimônio particular dos sócios com responsabilidade limitada, suportando, dessa forma, o prejuízo.⁷⁶

Por fim, frisa-se que o legislador civil prevê que as sociedades empresárias serão dissolvidas por quaisquer das hipóteses previstas nos artigos 1031 e 1032 do Código Civil, abordamos este ponto ao tratar de sociedade simples. O fato de ser dissolvida não quer dizer que a sociedade perca a sua personalidade jurídica imediatamente, esta se conserva até que finalmente seja extinta e procedida a liquidação.

2.5.6 SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO

Trata-se de um novo instituto ao falarmos das sociedades dependentes de autorização. Estas estão divididas em nacionais e estrangeiras. Assim conceituadas:

Estrangeiras: pessoa jurídica de direito privado, “constituída no exterior e subordinada a lei do país que se constituir”⁷⁷

Nacional: é a sociedade com sede e administração no Brasil, se organiza pela lei brasileira, conforme artigo 1026 do Código Civil.

O fato de ser nacional ou estrangeira pode ser atribuído na constituição de qualquer tipo social, a diferença está no fato de precisar de autorização governamental para poder atuar no país, sendo a competência para tanto, do Poder Executivo (artigo 1123 do Código Civil), podendo este revogar a autorização a qualquer tempo.

Caberá também ao Poder Executivo aprovar todas as alterações contratuais ou estatutárias deste tipo de sociedade. Bem excetua, Thereza Nahas,⁷⁸ salvo se importarem em aumento de capital social obtido com a utilização de reservas ou realização do ativo da empresa. Lembra ainda, que, isso não significa que a sociedade é sempre pessoal ou não, isso se dará em razão do tipo social que for criado, o qual não se descaracteriza em razão de depender a sociedade de autorização.

No que tange a responsabilidade dos sócios e administradores, existem regras específicas na lei, tanto para sociedades nacionais quanto para estrangeiras, vez que, qualquer tipo social pode ser revestido de nacional ou estrangeiro.

Vale ressaltar, que para o presente estudo se fez necessária à explanação dos diversos tipos de sociedade trazidas pelo Código Civil, assim como a menção da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em cada uma delas, respeitando seus limites formais, contudo, tais aspectos não são levados em consideração na Justiça do Trabalho, conforme veremos no capítulo da aplicação e previsão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho, bem como, no capítulo do limite da responsabilidade dos sócios e administradores.

⁷⁵COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 119.

⁷⁶COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 119.

⁷⁷ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva* – 11. Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p.1225.

⁷⁸NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 74.

3. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS

O objetivo do quanto estudado até aqui, foi o de encontrar fundamento para a penetração do patrimônio civil dos sócios no Direito de Empresa. Buscou-se discernir quais foram as causas que justificaram a limitação da responsabilidade social nas estruturas societárias criadas no ordenamento jurídico.

Nos arriscamos tentar demonstrar a responsabilização do sócios por crédito da sociedade empresarial. Como vimos, o limite da responsabilização do sócio se coaduna ao tipo de vínculo jurídico que este mantenha com a sociedade, afasta-se, portanto, pressuposto que a personalização das sociedades empresariais funcione como causa de limitação da responsabilidade patrimonial.

Thereza Nahas⁷⁹, nos assevera que dois são os tipos de responsabilidade que os sócios podem assumir quando integrantes de quadro social: limitada ou ilimitada. Naquela primeira situação, integralizando o capital social e subscritas as ações, é a sociedade que responderá pelos atos praticados, pois a vontade na negociação é sua e não da pessoa física que possui patrimônio absolutamente distinto do seu. No segundo caso, as pessoas físicas acabam por assumir em razão do tipo social, responsabilidade solidária juntamente com a sociedade, fenômeno esse que ocorre, também, com a figura dos grupos de empresa prevista no artigo 2, §2º, Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, em razão da personalização das sociedades empresárias, os sócios tem, pelas obrigações sociais, responsabilidade limitada, ilimitada ou mista. Primeiramente é primordial termos o entendimento que a responsabilidade da sociedade perante a terceiros, ou seja, por suas obrigações sociais, é sempre ilimitada. O que estamos tratando é a responsabilidade do sócios para com estas obrigações.

Então, as sociedades empresárias onde os sócios tem responsabilidade limitada pelas obrigações sociais são a Sociedade Anônima e a Sociedade Limitada.

Já as sociedades empresárias onde os sócios tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais são a Sociedade em Nome Coletivo e a Sociedade em Comum (Sociedade irregular ou de fato).

Por fim, temos as sociedades onde um grupo de sócios podem responder limitadamente e outro grupo responder ilimitadamente, ou seja, responsabilidade mistas, são elas: as sociedades em Nome Coletivo, Comandita Simples, Comandita por Ações e a sociedade em conta de participação. A responsabilidade ilimitada dos sócios para com as obrigações sociais da sociedade não pressupõe que o credor pode executar diretamente o patrimônio dos sócios, deve-se observar o princípio da responsabilidade subsidiária, isto é, enquanto não exaurido o patrimônio social, não se pode cogitar do comprometimento do patrimônio dos sócios para a satisfação de dívida da sociedade, conforme previsto no art.1024 do Código Civil.

Nas sociedades em comandita simples, na sociedade por ações e na sociedade em conta de participação, os sócios que transferiram capital à sociedade e permaneceram com direito de crédito frente a organização empresarial, terão sua responsabilidade limitada a integralização do investimento que destinou.

Não existe no direito pátrio nenhuma regra geral de solidariedade entre sócios e sociedade (simples ou empresária), podendo os primeiros sempre se valerem do

⁷⁹ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 85.

benefício de ordem, ou seja, pela indicação dos bens da sociedade, livres e desembaraçados, sobre os quais vão recair a execução de obrigação societária.

Contudo, a relação entre os sócios é solidária, não podendo um invocar o benefício de ordem, devendo arcar com o total da dívida perante o credor e, posteriormente, demandar, via ação regressiva, a outra parte pela quota parte da obrigação, ou seja, a solidariedade, no direito societário brasileiro, quando existe, verifica-se entre os sócios, pela formação do capital social, e nunca entre sócio e sociedade. A única exceção à regra está na sociedade irregular ou de fato, respondendo o sócio que atue como representante legal daquela sociedade. Para este caso, a lei prevê responsabilização direta, conforme preceitua o art.990 do Código Civil.

Expostas tais considerações, passemos ao estudo da desconsideração da pessoa jurídica, suas hipóteses de cabimento e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora haja grande divergência na doutrina quanto à pessoa jurídica, uma afirmativa é certa, esta, é criação da vontade humana, já que sua constituição e criação são fruto de ato legislativo, que permite o surgimento de unidades jurídicas com finalidades diversas, e poderá ser formada a partir de um complexo de bens e pessoas.⁸⁰

Conforme afirmado anteriormente, a personalização jurídica representa uma forma utilizada pelo direito nas relações humanas para autorizar certos sujeitos de direito a praticarem determinados atos e fatos jurídicos.⁸¹

Levando isso em consideração, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury entende que a pessoa jurídica advém de uma criação legal, real no mundo jurídico, ou seja, ela resulta de um ato de personificação que apenas o ordenamento jurídico pode autorizar.⁸²

A pessoa jurídica possui autonomia patrimonial, situação que faz com que ela se diferencie de seus membros e figure como sujeito autônomo de direitos e obrigações. Porém, esta situação pode ensejar a ocorrência de fraudes.⁸³

Para coibir fraudes, foi criada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Através desta teoria, o Poder Judiciário pode ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica toda vez que ela for utilizada com objetivos fraudulentos. Isso permite a responsabilização direta, pessoal e ilimitada do sócio em relação a uma obrigação que, inicialmente, caberia à sociedade.⁸⁴

Através da teoria da desconsideração de personalidade jurídica é possível que os credores atinjam o patrimônio pessoal dos sócios que fazem mau uso da sociedade com a finalidade de causar prejuízos a terceiros.⁸⁵

De início, para que seja possível efetuar a desconsideração da personalidade jurídica faz-se necessária a ocorrência de fraude na separação patrimonial, pois que a simples insolvência da sociedade não é suficiente para tal. A prova da fraude incumbe ao credor, sob pena de ter que arcar com a os prejuízos.⁸⁶

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica figura como instrumento de coibição da má utilização da pessoa jurídica.⁸⁷

A desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, não atinge o ato constitutivo e nem os demais atos praticados. Apenas a separação patrimonial em relação aos sócios é que não terá efeito algum na decisão judicial relativa ao ato

⁸⁰NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 91.

⁸¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112.

⁸²KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

⁸³COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

⁸⁴COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

⁸⁵BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 150.

⁸⁶COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

⁸⁷COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

específico objeto da fraude. Assim, a teoria da desconsideração resguarda a empresa, que não é necessariamente alcançada pelo ato fraudulento.⁸⁸

Neste sentido, afirma Elisabeth Cristina Campos Martins de Freitas:

“É imprescindível salientar que a desconsideração da personalidade jurídica não objetiva de forma alguma anular a personalidade jurídica. Sua meta é unicamente desconsiderar no caso concreto, restritamente, a pessoa jurídica, no que diz respeito às pessoas ou bens utilizados para o cometimento de irregularidades. *Ocorre, na realidade, uma hipótese de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica apenas para certos efeitos, continuando, entretanto, a funcionar normalmente no que tange aos demais fins propostos que sejam considerados lícitos.* Não há, portanto, de forma alguma, nulidade da pessoa jurídica”.⁸⁹

Adotar a teoria da desconsideração nada mais é do que enquadrar a pessoa jurídica dentro da sua função social, inibindo o abuso e a fraude intencional. É importante dizer que não se aniquila a pessoa jurídica que continua a existir, e sim apenas desconsidera-se a regra geral da autonomia patrimonial de modo a inibir ou consertar ato ilícito cometido pelo (s) sócio (s)⁹⁰

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve origem na *disregard doctrine*, que será resumidamente exposta adiante.

4.2 TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE

A teoria da *disregard doctrine* ou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge no século XIX, quando doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar de forma mais incisiva com o desvio de finalidade da pessoa jurídica, buscando assim meios capazes de reprimi-la.⁹¹

De acordo com Koury, a função do instituto da personalidade jurídica tem por objetivo limitar os riscos empresariais, pois sua existência é considerada como diferente da existência de seus membros. Tal função tem por finalidade instigar o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir para o desenvolvimento social. Frisa Koury que esta função não é ilegítima, apesar de poder se tornar ilegítima em determinadas situações, quando sua utilização for contrária às suas finalidades.⁹²

A utilização do instituto da personalidade jurídica com objetivos contrários às suas finalidades e aos princípios jurídicos obriga que o ordenamento jurídico crie

⁸⁸COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 127.

⁸⁹FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 59.

⁹⁰BOVINO, Marcio Lamonica – Temas relevantes de direito empresarial – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

⁹¹KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 63.

⁹²KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 67.

uma auto defesa. Uma forma que o ordenamento encontrou de defender-se de tal situação foi a chamada desconsideração da personalidade jurídica.⁹³

Assim, a *disregard doctrine* surge como recurso que o ordenamento jurídico tem à sua disposição para se defender contra a utilização indireta das sociedades comerciais. Ela emana de um desvio de função da pessoa jurídica, que pode ser desejado, ou não, pelas partes.⁹⁴

A *disregard doctrine* objetiva “(...) penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.”⁹⁵

O campo de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é bastante vasto, pois ela é utilizada em todo o ordenamento jurídico que preveja a personalidade jurídica da sociedade distinta da personalidade dos membros que a compõem.⁹⁶

De acordo com Koury, a *Disregard Doctrine* é utilizada claramente em duas situações: para evitar a ocorrência de simulações e fraudes; e para desconsiderar a personalidade jurídica nas demais situações que, se assim não fosse, não teriam solução justa, como ocorre em casos de responsabilidade conjunta dos grupos de empresas.⁹⁷ 45

Rubens Requião sustenta que a *disregard doctrine* teve origem com o caso inglês *Solomon vs Solomon & Co*. O empresário Solomon construiu uma *company* em conjunto com seis membros de sua família. Ele cedeu seu fundo de comércio a esta *company* e recebeu vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto que os demais membros receberam somente uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo de comércio na sociedade fundada. Entretanto, logo a sociedade não pôde satisfazer suas obrigações, não deixando nada para os credores quirografários. O liquidante, então, arguiu que a atividade da *company* era a atividade de Solomon, que se utilizou de fraude para limitar sua responsabilidade e, por isso, deveria ser condenado a pagar os débitos da sociedade. Tanto o juízo de primeira instância quanto a Corte concordaram com a tese do liquidante, considerando que Solomon era, na realidade, o efetivo proprietário do comércio e que a *company* era sua entidade fiduciária.⁹⁸

O que era realmente verdadeiro, pois que Solomon era, ao mesmo tempo, sócio e credor da sociedade comercial, tendo abusado da pessoa jurídica ao transferir o fundo de comércio para a sociedade, com o objetivo de se tornar o seu maior credor.⁹⁹

Este caso levou à primeira aplicação de um novo entendimento, no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica que revestia a *Solomon & Co*.¹⁰⁰

O entendimento, entretanto, foi reformado pela Casa dos Lordes. Mas a tese das instâncias inferiores teve tal repercussão que originou a doutrina da *disregard doctrine*.¹⁰¹

⁹³KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 67 - 68.

⁹⁴KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 69 -74.

⁹⁵REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 390.

⁹⁶KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 79.

⁹⁷KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 85 - 86.

⁹⁸REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 390 - 391.

⁹⁹FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 233.

¹⁰⁰REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 390 - 391.

¹⁰¹REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 391.

Koury, em sua obra, aponta dois aspectos que afirma serem inverídicos a respeito do caso *Solomon v. Solomon & Co.* O primeiro refere-se à sua qualificação, pois que a referida autora sustenta não ter sido este o *leading case* da *disregard doctrine*, pois que ele foi julgado em 1897, ou seja, oitenta e oito anos após a primeira manifestação da justiça americana. Portanto, tal caso apenas pode ser considerado como *leading case* no direito inglês.¹⁰²

O segundo aspecto, sustentado por Koury, diz respeito ao fato de que, embora o juiz de primeiro grau da Corte de Apelação tenha desconsiderado a personalidade jurídica da companhia criada por Solomon e seis pessoas de sua família, considerando a como extensão da atividade pessoal dele, que continuava figurando como verdadeiro proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade, tal decisão foi reformada pela *House of Lords*.¹⁰³

De fato, em 1809, o juiz norte americano Marshall conheceu uma causa entre o *Bank of United States* e Deveaux, em que era suscitada questão relacionada com as Cortes Federais. Portanto, sem discorrer a respeito do mérito da questão, verifica-se que já em 1809 as Cortes norte americanas trabalhavam no sentido de revelar a carapaça das sociedades e alcançar as características dos sócios individuais.¹⁰⁴

4.3 HIPÓTESES FÁTICAS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

São hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica; o abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento, inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração, ou ainda, poderá ser decretada a desconsideração, sempre que a personalidade de alguma forma, tornar-se obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados.

Cumprir frisar que a desconsideração em nosso direito deixou o campo teórico, isso importa porque a base da teoria em que se apoia a norma jurídica tem como pressuposto a excepcionalidade e a fraude e o abuso de direito.

Tanto a fraude quanto o uso abusivo do direito utilizados como artifícios com a finalidade de prejudicar terceiros, inseridos em uma legalidade apenas presumida, são hipóteses que autorizam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, estas duas hipóteses serão brevemente analisadas a seguir.¹⁰⁵

4.3.1 FRAUDE

¹⁰²KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 64.

¹⁰³KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 64.

¹⁰⁴FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 57 -58.

¹⁰⁵ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195.

A autora Elizabeth Cristina Campos Martins Freitas esclarece que a fraude consiste em uma manobra produzida por determinada pessoa com a finalidade de causar prejuízos a terceiros. Existe, portanto, a intenção, ou consciência desta, de desviar a situação para levar terceiras pessoas a enganos geradores de prejuízos.¹⁰⁶

A principal característica da fraude é, portanto, a intenção deliberada e consciente de produzir danos aos credores. São requisitos da fraude: a má-fé e a intenção de causar prejuízos a terceiras pessoas. O critério crucial para utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica precisa estar localizado no fato que tenha sido usado de forma abusiva com o objetivo de fraudar a legislação.¹⁰⁷

Portanto, se não for verificada a intenção de se utilizar da figura da pessoa jurídica em fraudar a lei, não se pode falar em desconhecimento da pessoa jurídica para esta hipótese. Somente quando for verificado o intuito de fugir da incidência da obrigação contratual é que pode ser acolhido o desconhecimento da pessoa jurídica.¹⁰⁸

No Brasil, separar o sócio da sociedade tem sido uma tarefa difícil para solucionar problemas simples diante dos remédios oferecidos pelo Direito Civil.

Assim, pode-se afirmar que, embora via de regra não seja hipótese de aplicação da *Disregard Doctrine*, existe a necessidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de simulação e fraude à lei originados da utilização do esquema da pessoa jurídica. Portanto, na maioria das vezes, para que se verifique a ocorrência de fraude ou simulação, é necessário superar a forma da pessoa jurídica para que se possa visualizar a real substância das coisas, uma vez que se faz imperativo preservar o direito das pessoas prejudicadas por tais práticas.¹⁰⁹

4.3.2 ABUSO DE DIREITO

Outra hipótese de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica é a ocorrência de abuso de direito.¹¹⁰

O abuso de direito encontra-se previsto, de forma expressa, no Código Civil de 2002, que dispõe o seguinte em seu artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” O referido artigo, porém, não esclarece os limites do abuso de direito capaz de autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.¹¹¹

De acordo com a autora Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, existem dois posicionamentos doutrinários a respeito da teoria do abuso de direito. O primeiro é o subjetivo, para o qual apenas ocorre abuso de direito quando houver possibilidade de identificar a intenção ou a consciência de causar o prejuízo. O segundo

¹⁰⁶FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 223.

¹⁰⁷FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 58.

¹⁰⁸FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 57 -58.

¹⁰⁹KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 84.

¹¹⁰FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 224.

¹¹¹CAMILLO, Carlos Eduardo. [et. al]. *Direito de empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 162.

é o objetivo, para o qual ocorre abuso de direito quando o direito for exercido de forma antagônica às suas finalidades sociais e econômicas, independentemente da vontade do agente. A referida autora afirma que o abuso de direito é melhor analisado em face do segundo posicionamento, que faz alusão ao bem-estar da coletividade.¹¹²

De qualquer maneira, o posicionamento dominante é no sentido de que o abuso de direito “(...) reflete prática que foge à normalidade, à regularidade com intenção de causar prejuízo a outrem.”¹¹³ Por isso é que o segundo entendimento parece o mais correto, pois será verificado o abuso de direito quando a pessoa jurídica for utilizada como meio para se atingirem objetivos opostos aos defendidos pelo legislador.¹¹⁴

O abuso de direito dentro do ambiente da sociedade comercial caracteriza-se, de acordo com Amador Paes de Almeida, quando, por exemplo, um dos sócios ultrapassa as fronteiras diretivas, abusando do poder que lhe é entregue na gestão dos negócios. Pode ocorrer, também, como forma de abuso de direito dentro da sociedade, transgressões ao contrato social ou ao estatuto.¹¹⁵

Portanto, ocorre o abuso de direito quando os sócios objetivam utilizar a sociedade para livrarem-se da incidência normal de norma legal ou cláusula contratual que, de alguma maneira, seja-lhes desfavorável. É o que ocorre, por exemplo, quando determinados sócios alienam seu negócio a terceiro, com cláusula de não concorrência, em certo período de tempo e espaço. Com o objetivo de lograr a obrigação assumida sem transgredir o contrato, criam uma nova pessoa jurídica que possui o fim único de infringir o contrato anteriormente assinado. Trata-se de situação semelhante ao caso *Solomon vs Solomon & Co*, anteriormente explicitado.¹¹⁶

O que precisa ser frisado é que, presentes os requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é necessário quebrar a carapaça corporativa que oculta atitudes ilícitas para que seja possível a responsabilização pessoa dos sócios.

Não há razão admissível que possa ser sustentada para desobedecer aos limites antecipadamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O radical afastamento entre a sociedade e os sócios apenas pode tutelar os que honrem suas obrigações, que acatem o que foi acordado.¹¹⁷

Portanto, a principal consequência do abuso de direito cometido através da utilização indevida da figura da pessoa jurídica versa a respeito da desconsideração da personalidade jurídica.¹¹⁸

Podemos então concluir, que o sistema jurídico nacional exige que haja subjetivismo na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, necessário se faz perguntar, a respeito da vontade do agente em causar dano e utilizar a pessoa jurídica para tanto, manipulando-a de forma ardilosa e fraudulenta.

¹¹²FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 225.

¹¹³FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 225.

¹¹⁴FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 227.

¹¹⁵ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6. ed. ver., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

¹¹⁶CAMILLO, Carlos Eduardo. [et. al]. *Direito de empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 162.

¹¹⁷FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 233.

¹¹⁸FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 232.

4.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Constitui, ainda, hipótese fática para desconconsideração da personalidade jurídica às situações de falência, insolvência, encerramento ou inatividade de pessoa jurídica, causadas por má administração. Há, portanto, nexo de causalidade entre a situação de crise da pessoa jurídica e a má administração para que se possa decidir pela desconconsideração. Tal hipótese, inédita no sistema jurídico, possibilita que a pessoa jurídica possa ser desconconsiderada pelo simples fato de má gestão provocadora de quebra, e não por aquilo que originariamente teria fundado o instituto, ou seja, a utilização da pessoa jurídica de forma abusiva ou fraudulenta.¹¹⁹

Quando tratar-se de devedor empresário, o processo a que se submeterá será de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, não sendo empresário, submeter-se-á ao processo de execução civil concursal, regulada pelos artigos 784 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nos cumpre salientar, embora, sem aprofundarmo-nos no tema, que a lei 11.101 de 09/02/2005, abarcou em seu artigo 2, empresas que não se sujeitarão ao regime falimentar.

As empresas públicas e sociedades de economia mista estarão sujeitas, portanto, ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial, não se olvidando que o Estado é o devedor e, portanto, está sujeito às regras do artigo 37 da Constituição Federal e fiscalização do Tribunal de Contas.¹²⁰

O fato de dizermos que tais pessoas são excluídas do processo falimentar não implica em dizer que não estarão sujeitas a eventual decisão de desconconsideração da pessoa jurídica, a diferença estará na responsabilidade, que variará conforme a pessoa jurídica que está sendo analisada, será apreciada a lei específica e aplicado o regime correto, quer seja o regime falimentar, quer seja o regime de liquidação extrajudicial.

A competência para a decisão da desconconsideração será do juízo civil, que, eventualmente, for instado a conhecer e julgar qualquer questão relativa ao processo interventivo, ainda que isso se dê tão somente para a apuração da responsabilidade dos sócios e/ou administradores. Isso não impede que juízo trabalhista profira decisão incidente na eventual ação trabalhista proposta.¹²¹

Havendo insolvência, alguns passos precisam ser seguidos: primeiro caberá saber se a pessoa jurídica está ou não excluída do processo falimentar; depois, se essa pessoa é civil ou empresarial. A insolvência que caracteriza a necessidade concursal entre credores.¹²²

O artigo 748 do Código de Processo Civil conceitua que a insolvência civil se dará quando as dívidas do devedor forem maiores que a importância dos seus bens. A ação competente para decidir sobre a insolvência contra devedor civil e a de execução por quantia certa contra devedor insolvente, proposta ao juízo cível.

Constatando quaisquer das hipóteses do artigo 28 do Código de defesa do Consumidor ou do artigo 50 do Código Civil, poderá o juiz desconconsiderar a pessoa

¹¹⁹ NAHAS, Thereza - *Desconconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 111.

¹²⁰ NAHAS, Thereza - *Desconconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 113.

¹²¹ NAHAS, Thereza - *Desconconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 115.

¹²² NAHAS, Thereza - *Desconconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 115.

jurídica e responsabilizar os sócios e/ou administradores que responderão com seus bens pessoais.¹²³

Quanto aos créditos trabalhistas, o legislador traz regras específicas, permitindo-se que se apure no juízo próprio, a fim de que lá se apure o valor devido para que seja inscrito no quadro geral de credores, sem prejuízo de que o juízo por onde corre a ação trabalhista faça pedido de reserva de crédito para garantia do valor reclamado.¹²⁴

Tratando-se de recuperação judicial, a ação para apuração do quantum devido poderá ser feita, mas a efetiva cobrança ou qualquer ação que deva implicar em constrição de bens estará suspensa em razão da ordem de recuperação pelo prazo de 180 dias.¹²⁵

Na hipótese de recuperação e quebra, é possível a desconsideração da pessoa jurídica, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 18 da Lei Antitruste permitem tal pedido e decisão e ainda que não houvesse previsão expressa o instituto da desconsideração, evidentemente, permite, que isso seja feito.¹²⁶

O crédito trabalhista prefere aos demais, sendo o valor limitado a 150 salários mínimos por credor, sendo o excedente, inscrito na massa como crédito quirografário, e no plano de recuperação, vale ressaltar, que os créditos trabalhistas decorrentes de acidente de trabalho devem ser pago em até um ano.

Na falência, será aplicado o benefício de ordem conforme disposto no artigo 83 da Lei 11.101 de 09/02/2005.

Nossos Tribunais têm constantemente aplicado à teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar, cujo objetivo é de estender as consequências da quebra aos sócios, sejam estas pessoas naturais ou jurídicas, sempre que comprovado, atos fraudulentos e desvios de bens com a finalidade de prejudicar os credores, dentre outras hipóteses. Por tal extensão, os sócios que forem atingidos deverão ser devidamente intimados, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal.¹²⁷

Conforme decisão proferida por maioria no REsp 211.619-SP, com publicação no DJ de 23.04.2001, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Carlos Alberto Menezes, pronunciou-se a respeito da extensão dos efeitos da falência de certa empresa a outras do mesmo grupo empresarial:¹²⁸

(...) busca-se tanto a proteção dos sócios gerentes quanto a proteção de terceiros que com ela se relacionem ou que de qualquer forma sofram os efeitos de seu atuar. E mais do que isso, a desconsideração destina-se ao aperfeiçoamento do próprio instituto da despersonalização, pois determina a

¹²³ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 115.

¹²⁴ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 117.

¹²⁵ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 117.

¹²⁶ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 118.

¹²⁷ PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 391.

¹²⁸ PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 388 -389.

eficácia de seu ato constitutivo, preservando a validade e existência de todos os demais atos que não se relacionam com o desvio de finalidade, protegendo, assim, a própria existência da pessoa jurídica. (...) No caso dos autos, como bem ponderou o Eminentíssimo Relator: ‘a decisão de primeiro grau explicitou longamente a promiscuidade de negócios entre as empresas, as práticas maliciosas, tendentes a fraudar credores. A exposição é minuciosa, constato especialmente das fls. 98 e seguintes, e a ela me reporto. Dela se verifica que, constituindo as empresas um só grupo econômico, com a mesma direção, os negócios eram conduzidos tendo em vista os interesses desse e não os de cada uma das diversas sociedades. A separação era apenas formal’.

Repisa-se que é lícito, portanto, ao juízo falimentar utilizar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica da empresa falida para estender os efeitos da falência a terceiros.

Embora afirmemos que a desconconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada na falência, entretanto, não poderá servir de instrumento para apuração da responsabilidade dos sócios, pois para isto, existe previsão expressa na lei falimentar.¹²⁹

Cumpra ainda esclarecer, que não trata-se de competência exclusiva do juízo falimentar para aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica da falida, podendo outros juízes assim proceder, com relação às relações jurídicas que apreciarem, desde que presentes os requisitos jurídicos para tal.

Ressalta-se ainda quanto a competência, que o PL 4.696/1998, que hoje está aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), prevê a alteração da CLT no seu artigo 877, cuja a redação segue, *in verbis*:

§1º A competência da Justiça do trabalho para a execução do crédito trabalhista exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata e da liquidação.

§2º A cobrança judicial do crédito trabalhista não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata ou liquidação (NR).

O artigo 18 da Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste) trazia a expressa autorização para a utilização da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na falência, sendo que este foi revogado pela lei nº 12.529/2011 em seu artigo 127.

Podemos, também, evidenciar que no Código de Proteção e Defesa do Consumidor existe previsão, em seu artigo 28, sobre a utilização da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no caso de falência e outras hipóteses, aqui, também abordadas, *in verbis*:

“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

¹²⁹ PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 392 -393.

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”.¹³⁰

Ainda, a Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no seu artigo 82:

“Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.”¹³¹

Conclui-se que é possível a desconsideração da personalidade jurídica em todas as hipóteses em que houver insolvência, civil ou empresarial, causada por má administração, sendo necessária a verificação dessa insolvência pela decretação da falência, concurso universal de execução ou liquidação extrajudicial, ou mesmo encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.¹³²

4.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DOS GRUPOS ECONÔMICOS E CONSÓRCIOS

Primeiramente, importa destacar, que o algumas definições iniciais são necessárias, sendo o que passaremos a fazer.

O estudo do conceito de grupo econômico de empresas é necessário, pois comumente a jurisprudência trabalhista tem penhorado o patrimônio de empresas terceiras à lide sob o argumento de que pertencessem ao mesmo grupo econômico, por terem encontrado, em algum momento da história societária da empresa, um sócio em comum. Tal cenário traz grande insegurança jurídica ao ramo empresarial, o que está resultando em diversos mandados de segurança nos Tribunais Regionais do Trabalho espalhados pelo país.¹³³

A consolidação das leis do Trabalho estabeleceu em seu artigo 2º, §2º, responsabilidade solidária entre empresas que pertençam a um mesmo grupo econômico. Repita-se, tratou este artigo da responsabilidade e não da possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica.

Cumpre-nos lembrar que a responsabilidade solidária somente decorre de lei

¹³⁰ Código Civil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - acesso em 10/03/2014.

¹³¹ Código Civil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - acesso em 10/03/2014.

¹³² NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 123.

¹³³ MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

ou do contrato, ocorrerá quando para a mesma obrigação concorrer mais de um credor ou devedor.

O grupo econômico estará constituído, todas vez, que, empresas com personalidade jurídica própria, se vinculem para pratica de atividades para o mesmo fim.

Segundo o doutrinador VALENTIN CARRION¹³⁴, são requisitos necessários para a configuração do grupo econômico:

“a) personalidade jurídica própria, sob direção, controle ou administração de outra; b) exercício de atividade econômica”, salientando que o “grupo pode tanto ser hierarquizado (uma empresa ou pessoa física controla as demais), quanto por coordenação (não há controle de nenhuma delas; regem-se pela unidade de objetivo).”

Neste sentido, destaca Luiz Eduardo Amaral de Mendonça¹³⁵, que tal detalhe por vezes é ignorado pelos exequentes e magistrados em sede de execução trabalhista que se olvidam de verificar se existe unidade de objetivo entre as empresas executadas. Ou seja, não se verifica se a empresa ou seus sócios estivessem articulados para convergir seus empreendimentos e atividades comuns.

Comprovado o grupo econômico, cumpre frisar, que o fato de o credor cobrar a dívida de uma só das empresas não importará em renúncia à solidariedade, sendo sua opção cobrar um ou mais devedores, devendo este ou estes responderem pela obrigação pactuada ou cobrada.

Quanto às empresas consorciadas, estas, não fazem parte de um mesmo grupo econômico e, portanto, ficariam excluídas da regra do artigo 2º, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, o artigo 28, §3º, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, sendo a sociedade consorciada, será a responsabilidade solidária pelas obrigações assumidas por qualquer delas. O que poderia ser questionado, é se essa solidariedade se manifestaria somente nas situações de desconsideração da personalidade jurídica ou em todas as situações previstas no Código de Defesa do Consumidor, ou seja, para relações de consumo e , para nós que entendemos pela aplicação subsidiária do sistema, pelas obrigações trabalhistas.¹³⁶

Havendo a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, caberá ao juiz determinar quais empresas consorciadas deverão responder de forma solidaria com a devedora principal, a fim de que venham fazer parte do polo passivo da ação, nos termos dispostos nos artigos 592 e 596 do Código de Processo Civil.¹³⁷

Ocorre que a CLT, o Código de Processo Civil e o próprio Código Civil possuem regras por vezes esquecidas pelos nossos tribunais. Os bens sujeitos à execução trabalhista são tantos quantos bastem para a satisfação da dívida (condenação) (art. 833 da CLT). Poderão ser todos os bens do devedor, presentes ou futuros (art. 591 do CPC).

O Código Civil tem regra semelhante à do artigo 596 do CPC, determinando

¹³⁴ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho’, Editora Saraiva, 30ª edição – 2005, nota 15, p. 32.

¹³⁵ MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

¹³⁶ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 128.

¹³⁷ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 129.

que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. (artigo 1.024) Desse modo, se o sócio é demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade, mas deve então nomear bens localizados na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

Tais dispositivos fundamentam o que se denomina de “responsabilidade legal subsidiária”, na qual o sócio responde pessoalmente pelo débito trabalhista da empresa, na condição de executado.

4.6 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando ocorrer uso abusivo, simulado ou fraudulento da sociedade, tanto a pessoa jurídica quanto os sócios poderão responder. A responsabilidade pode ocorrer de forma direta ou inversa, alcançando os bens sociais.

Pela teoria da desconsideração inversa ou invertida, os bens da pessoa jurídica são atingidos pelas dívidas pessoais de um dos sócios fundamentalmente com esteio na existência de fraudulenta confusão patrimonial.¹³⁸

Aplicar a desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa, assim como aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tradicional, não tem como fim, extinguir a personalidade jurídica, mas sim apenas abster esta de determinado ato, sendo seus requisitos de aplicação os mesmos para ambas as teorias, quer seja inversa ou direta, ou seja, ocorrência de fraude, simulação ou abuso na utilização da personalidade jurídica por parte dos sócios.

No direito de família, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é bem ampla, especialmente quando verifica-se que o cônjuge empresário, se vale da sociedade para fraudar direitos do outro cônjuge em separação judicial, ou do convivente na dissolução da união estável. Trata-se de prática comum, infelizmente, para fraudar a partilha matrimonial e a obrigação alimentar.

Poderá nestes casos, ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois que ela é utilizada sempre que há abuso da pessoa jurídica com o objetivo de escapar da incidência da lei ou de obrigações contratuais.¹³⁹

Ademais, quando ocorrem fatos como descritos acima, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fará com que os atos praticados pelo sócio sejam atribuídos à sociedade, de modo que possam ser atingidos os bens desviados para o interior dela.¹⁴⁰

Consideramos justo, atribuir à sociedade que foge de seu objeto social a titularidade passiva da obrigação alimentar do sócio que abusando desta condição, se esconde atrás dela. Dessa forma, sucede a empresa, que utiliza a fraude e o abuso, na obrigação de pagar prestações mensais de alimentos, quando ocorrer a trama objetivando prejudicar credor.¹⁴¹

¹³⁸ BOVINO, Marcio Lamonica – Temas relevantes de direito empresarial – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

¹³⁹ MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 135.

¹⁴⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 140.

¹⁴¹ MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

Salienta-se, portanto, que ocorrendo, fato de sócio introduzir na sociedade empresária, bens pessoais, valendo do controle que detém sobre esta, com o objetivo de não partilhá-los com seu cônjuge no caso de separação ou divórcio, poderá ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa. Ressalta-se que, na desconsideração regular, o sócio é responsabilizado por dívida oriunda da sociedade.

Na modalidade inversa, a personalidade jurídica é desconsiderada para responsabilizá-la por dívida que não advém da sociedade, trata-se de obrigação do sócio. Tal situação é bastante utilizada no Direito de Família.¹⁴²

Para aplicação da desconsideração inversa, deve restar comprovada a transferência de bens do patrimônio particular do sócio controlador devedor para a pessoa jurídica.

5. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E SUA INCIDÊNCIA NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO

Como já dito anteriormente, após o discurso feito por Rubens Requião, em 1969, tratando da desconsideração da personalidade jurídica em conferência organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, podemos dizer que a doutrina e a jurisprudência brasileira procuram arduamente ampliar as hipóteses de aplicação desta teoria.

Adiante, analisaremos em síntese, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em diversos ramos do direito, como a Constituição Federal de 1988, o Direito de Consumo, o Direito Civil e a que para o presente estudo mais nos importa que é a relação com o Direito do Trabalho.

Embora diversos diplomas legais já tenham tratado ou de alguma forma abordado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como a Lei Ambiental, Lei do Desporto, Lei Antitruste, entre outros, no ateremos no presente estudo, aos diplomas supra mencionados, enfatizando o Direito do Trabalho, não só pela preferência no estudo, mas sim, por ser esta a área de maior aplicação da teoria.

Discorreremos a seguir, brevemente, sobre o acolhimento da teoria na Constituição de 88, no direito de consumo, no direito civil e no direito do trabalho.

5.1 NA CONSTITUIÇÃO DE 88

Traçando um paralelo entre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a Constituição Federal de 1988, verifica-se que existe enorme ligação com a proteção que esta Carta dispensa às relações de consumo. Consagrada a proteção às relações consumeiristas na Constituição Federal de 1988, a desconsideração da personalidade jurídica representa uma das diversas formas previstas para assegurar e efetivar tal amparo.¹⁴³

A jurista Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, afirma, que o exame da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no que tange à Constituição

¹⁴²CAMILLO, Carlos Eduardo. [et. al]. *Direito de empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 163.

¹⁴³FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 102.

Federal deve ser realizada através das “referências que nossa Carta Magna faz sobre o Direito do Consumidor, e isso ocorre especialmente no Título VII – Da ordem econômica e financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – Constituição Federal, arts. 170, V, e 5º, XXII, da Constituição Federal.”¹⁴⁴

5.2 NO DIREITO DO CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, como já dito, foi o primeiro diploma legal brasileiro a tratar da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O referido Código estabelece, em seu artigo 28, o seguinte:¹⁴⁵

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

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Pelo dispositivo exposto, resta claro, que as relações de consumo passaram a partir daí a adotar expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁴⁶

Entretanto, instaurou-se celeumas pela doutrina, que fez críticas ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor pela sua abrangência. Sustentou que o abuso de direito, referido no artigo, tem relação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, contudo, as referências ao excesso de poder, à infração da lei, ao fato ou ato ilícito, ou à violação dos estatutos ou do contrato social, à falência, ao estado de

¹⁴⁴FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 102.

¹⁴⁵BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

¹⁴⁶BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

insolvência e à má administração são causas relativas à responsabilização direta do administrador ou sócio, não havendo a necessidade de ser desconsiderada a personalidade jurídica para serem apuradas.¹⁴⁷

Analisando o parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, devemos interpretar em concordância tanto com o enunciado da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quanto com o *caput* do artigo, pois este dispositivo deverá ser aplicado apenas àquelas condutas do fornecedor que eventualmente contrariem as normas protetoras das relações de consumo.¹⁴⁸

Por fim, trazemos à baila o que nos leciona a doutrinadora Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas:

“o Código de Defesa do Consumidor poderia contemplar sanções mais rígidas para as hipóteses referentes à desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo com a prisão civil por ato atentatório à dignidade da justiça.”¹⁴⁹

Para Elizabeth, com relação a esta prisão podemos afirmar:

“serviria como medida coercitiva para obrigar o autor do ilícito a reparar o prejuízo”.¹⁵⁰

Por fim, resta mencionar, que caberia ao consumidor pleitear ainda, conforme o caso, perdas e danos.

5.3 NO DIREITO CIVIL

Uma das diversas alterações trazidas pelo novo Código Civil foi a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que tem sua aplicação expressa no artigo 50. A recepção desta teoria pelo diploma de 2002, acarretou a sua aplicação a todas as relações jurídicas indistintamente.¹⁵¹

O fundamento principal da desconsideração da personalidade jurídica, no Direito Civil, não é auferir a extinção da pessoa jurídica, mas sim, estender as consequências de certas obrigações aos sócios e administradores, de forma a ocorrer somente uma suspensão episódica da autonomia da pessoa jurídica,¹⁵² o objetivo é coibir atos de desvirtuamento da pessoa jurídica, deixando que os demais negócios tenham seu desenvolvimento natural.

¹⁴⁷BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

¹⁴⁸BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 152.

¹⁴⁹FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 167.

¹⁵⁰FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 167.

¹⁵¹BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 152.

¹⁵²FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 263.

Deve-se isto, ao fato de que a finalidade maior para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra respaldo no ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, sendo que a extinção da pessoa jurídica em nada contribuiria para o alcance de tal objetivo.¹⁵³

O artigo 50 do Código Civil, portanto, apesar de não fazer referência explícita à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, foi capaz de consagrá-la, de acordo com seus princípios basilares. Os casos de aplicação do dispositivo foram ampliados e o conceito de abuso de personalidade foi esboçado de acordo com as concepções de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Dessa forma, tanto o desvio de finalidade *stricto sensu*, quanto a confusão patrimonial, dão ensejo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A finalidade a qual o artigo em análise faz referência não é relativa somente àquela existente nos estatutos sociais, mas também aos objetivos sociais da pessoa jurídica que determinam a própria personalização desta. E este fim social encontra disposto nos artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal (função social da propriedade).¹⁵⁴

Podemos, ante ao estudado, concluir, que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial ajudam na demonstração necessária das hipóteses que autorizam a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica pela parte interessada.

5.4 NO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, tem como proteção o hipossuficiente, possui caráter *pro operário* como um dos princípios fundamentais, sempre visa equilibrar a relação onde de um lado temos a inferioridade econômica do trabalhador e do outro a superioridade jurídica do empregador.

Não poderia o Direito do Trabalho, afastar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir a indevida utilização da personalidade jurídica por empresas que se agrupam com o intuito de prejudicar os direitos de seus empregados.¹⁵⁵

O Direito do Trabalho não possui norma específica que estabeleça a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Parte da doutrina expõe que a referida teoria é aplicada no ramo trabalhista tendo em vista o disposto no artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o que para outra parte da doutrina não é verdade, vez que consideram que o artigo mencionado, apenas tratou da responsabilidade e não da aplicação da teoria, sendo necessário ao juiz do trabalho se valer dos fundamentos do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e artigos do Código de Processo Civil.

Cabe, lembrar, que há também, previsão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no artigo 3º, §2º da Lei nº 5889/1973, que regula normas do trabalho rural.

¹⁵³FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 272.

¹⁵⁴FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 271-272.

¹⁵⁵FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 271-166.

Após, esta breve introdução sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, no capítulo seguinte, analisaremos mais detalhadamente, a aplicabilidade deste instituto no Direito do Trabalho.

6. A APLICAÇÃO E A PREVISÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO

6.1 PREVISÃO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E A NATUREZA PROTECIONISTA DO DIREITO DO TRABALHO

De início, ressalta-se que os direitos dos trabalhadores, dispostos e garantidos no artigo 7º da Constituição Federal, não podem sofrer prejuízo em face da “blindagem” patrimonial que decorre da personificação das sociedades comerciais.

O Direito do Trabalho não traz regra específica que autorize a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, aplica por subsidiariedade das normas previstas no direito comum, conforme autoriza o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho em seu parágrafo único. Esta aplicação subsidiária é autorizada sempre que não houver norma específica e não contrariar os princípios trabalhistas.

Como na esfera trabalhista, fundamentalmente, tutela-se o hipossuficiente, ou seja, o trabalhador, a possibilidade de os bens dos sócios serem atingidos é muito maior, pois alargam a garantia do recebimento do crédito trabalhista.

Ademais, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra respaldo no princípio da alteridade. Extraído do conceito de empregador, assim como a personalidade: **i) a alteridade**, que significa que o empregado não assume os riscos da atividade econômica, sendo da empresa a responsabilidade de assumir eventual prejuízo (inteligência do artigo 449 da CLT) e **ii) a pessoalidade**, ou seja, a empresa só pode contratar pessoas físicas, com vínculo empregatício e que não possam ser substituídas.¹⁵⁶

Ainda tratando da alteridade, Bianca Bastos¹⁵⁷ faz importante ressalva no sentido de que:

“de uma das características do contrato de trabalho, a alteridade, pode-se inferir que o risco é imputável ao empregador mesmo nos casos em que o trabalho não emerge como fator de produção, como é o caso do empregador doméstico, do empregador público e de entidades beneficentes que não exerçam atividade econômica.”

Os pressupostos e princípios mencionados justificam a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho no que diz respeito à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Dentro desta aplicação subsidiária,

¹⁵⁶MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

¹⁵⁷BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para a vinculação do patrimônio do sócio* – São Paulo: LTr, 2011. p. 50.

encontram-se dois diplomas legais que podem ser utilizados: o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor.

Na doutrina há quem entenda que a melhor aplicação subsidiária ao Direito Trabalhista, é a do Código de Defesa do Consumidor, pois ele, assim como o objetivo de tutela do direito do trabalho, estabelece norma protetora do hipossuficiente.

Repise-se, para o direito do trabalho, em razão dos seus princípios basilares, a norma aberta do § 5º do art. 28 do CDC deve ser interpretada tal como está redigida: sempre que a autonomia patrimonial for obstáculo à satisfação do crédito trabalhista está autorizada a desconsideração da personalidade jurídica.

Como já dito no capítulo anterior, parte da doutrina expõe que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada no ramo trabalhista tendo em vista o disposto no artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece o seguinte:

“Art. 2º - (...) § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”¹⁵⁸

Pela análise deste dispositivo, podemos verificar, que a Consolidação das Leis do Trabalho, considerando como uma única entidade econômica a união de empresas sob a mesma administração, permite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ignorando a individualização de tais empresas, deixando clara a hipossuficiência do trabalhador.

Destarte, cumpre lembrar que no Direito do Trabalho, tanto o abuso e a fraude à lei quanto a mera probabilidade de dano à satisfação plena dos direitos dos trabalhadores acarretam a desconsideração da personalidade jurídica, posto que obstáculo algum é admitido perante o cumprimento dos direitos dos empregados.

Logo, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho objetiva proibir que a personalidade jurídica da empresa contratante seja utilizada de forma abusiva para disfarçar a verdadeira vinculação do empregado com o grupo de empresas.¹⁵⁹

O legislador pensou ao tratar da solidariedade entre empresas, em resguardar o empregado contra eventual insolvência do seu empregador original, arcando a empresa controladora ou controlada com todas as obrigações da empresa insolvente, independentemente de a insolvência ser ocasionada por fraude ou não.

Dessa forma, como a unidade de interesses e a desconfiguração da independência do grupo de empresas pode ostentar diferentes formas, caberá ao julgador, por meio da análise dos fatos, fazer a aplicação do referido dispositivo legal.¹⁶⁰

¹⁵⁸Código Civil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm - acesso em 10/03/2014.

¹⁵⁹KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 170.

¹⁶⁰KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 169.

Neste sentido, o TST editou a Orientação Jurisprudencial 411 (26/10/2010), esta considera inexistente a responsabilidade solidária do sucessor pelos débitos trabalhistas de empresa pertencente a grupo econômico, mas não adquirida:

“Sucessão Trabalhista. Aquisição de empresa pertencente a grupo econômico.

Responsabilidade solidária do sucessor por débitos trabalhistas de empresa não adquirida. Inexistência. O sucessor não responde solidariamente por débitos trabalhistas de empresa não adquirida, integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida, quando, à época, a empresa devedora era solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má-fé ou fraude na sucessão.”¹⁶¹

Por tudo quanto já dito, fica claro que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é amplamente aplicada no Direito do Trabalho, devendo, ter sua aplicação limitada a atender às suas finalidades, procurando resguardar direitos específicos.¹⁶²

6.2. RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Devemos neste ponto, salientar, que nem sempre a insolvência de sociedade se dará de forma fraudulenta, no intuito de prejudicar credores, não podendo ser aplicada a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica com respaldo em afirmação deste tipo, pode ocorrer a insolvência pelo próprio risco intrínseco à atividade comercial desenvolvida, não havendo o que se falar de desconconsideração da personalidade jurídica. .

Nesta hipótese, não deverá ocorrer a desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim a mera qualificação do crédito como privilegiado, em relação aos demais.

Exige-se, cautela na aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, de modo a não interferir na atividade comercial desenvolvida, que se sustenta no empreendedorismo, através da formação de sociedades limitadas e anônimas, sendo estes tipos de sociedades as mais utilizadas no Brasil.¹⁶³

Para o Professor Marlon Tomazette, o artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não trata de desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de solidariedade. Afirma o Professor que o este dispositivo nada menciona a respeito do abuso e da fraude, apenas exclui a autonomia da constituição de grupos empresariais, de forma a determinar a solidariedade das diversas empresas que fazem parte do grupo.¹⁶⁴

¹⁶¹TST: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_401.html#TEMA411 – Acesso em 15/03/2014.

¹⁶²KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 168.

¹⁶³ARAUJO, Juliana Cristina Busnardo Augusto de. A desconconsideração da personalidade jurídica: a polêmica sobre a necessidade da prova. In.: *âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 81, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8484> acesso em 15/03/2014

¹⁶⁴TOMAZETTE, Marlon. Desconconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 27, 31/03/2006. Disponível em:

O que se pretende resguardar é o direito do empregado, assegurando-lhe, a responsabilidade solidária de várias empresas que façam parte de um mesmo grupo independentemente de fraude ou abuso. A personalidade jurídica não é eliminada nem mesmo momentaneamente, apenas são estendidos os riscos da atividade econômica.¹⁶⁵

Frise-se, que não poderá recair sobre os empregados os riscos da atividade comercial, ficando estes, unicamente a cargo do empresário, visto que ele tem o poder diretivo, visa o lucro e se beneficia da mão de obra.

Pelas razões expostas, conclui-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada com base nos riscos da atividade econômica, sendo mais uma garantia para o empregado que como já dito, não pode ser responsabilizado pela atividade desenvolvida pelo empregador.

6.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO

Em razão de decisões na prática trabalhista, se faz necessário que neste estudo façamos algumas considerações dos aspectos processuais.

Não há momento processual definido, específico para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, dependerá da pretensão do autor e contra quem ele deseja se voltar, não sendo anulada a pessoa jurídica para que haja a responsabilidade de sócios e administradores, se houver fundado motivo, o autor, poderá, requerer a desconsideração da personalidade jurídica assim que propuser a ação.¹⁶⁶

Há grande divergência na doutrina quanto ao momento adequado de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, vê-se também, que, embora não exista uniformidade de entendimento quanto ao momento de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Superior Tribunal do Trabalho, destacam-se os posicionamentos que decidiram a respeito da desconsideração tanto em casos de dissolução irregular da sociedade, quanto nos casos em que não são localizados bens suficientes para arcar com a dívida.

A decisão da desconsideração da personalidade jurídica deverá ser sempre fundamentada, respeitando o que dispõe o artigo 93 da Constituição Federal em seu inciso IX, pois tem o sócio o direito de defender a si e ao seu patrimônio. Será ainda, sempre uma decisão interlocutória e não desafia qualquer recurso.¹⁶⁷

Necessário se faz verificar se sócio possui legitimidade para estar no polo passivo da ação de conhecimento, se os sócios participarem do processo de conhecimento, constarão no título judicial como devedores passivos subsidiários, sendo que o artigo 596 do Código de Processo Civil expressamente afere-lhes o benefício de ordem.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1032 Acesso 15/03/2014.

¹⁶⁵TOMAZETTE, Marlon. Desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 27, 31/03/2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1032> Acesso 15/03/2014.

¹⁶⁶NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 138.

¹⁶⁷NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 140.

No processo de execução o administrador ou sócio tem a condição de parte, devendo ser citado para ação executiva sendo-lhes facultado a indicação de bens para a penhora para garantia do juízo e o consequente oferecimento de embargos à execução ou à penhora.¹⁶⁸

O fato de o gestor da pessoa jurídica não ter condição de parte no processo de conhecimento não contradiz o que expomos acima, de que no processo de execução guardará tal qualidade, pois no processo de execução responde na qualidade de responsável secundário conforme artigos 592 e 596 do Código de Processo Civil.¹⁶⁹

Faremos referência aqui, a uma prática corriqueira na seara trabalhista, relativa à condenação aplicada de forma subsidiária às empresas baseadas na súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária configura-se com a formação do grupo de empresas, que decorre de convenção em que diversas sociedades, devendo uma delas assumir o controle, comprometem-se a unir recursos e esforços com a finalidade de alcançar certos objetivos, podendo esta convenção, inclusive, subordinar o interesse de uma sociedade ao interesse da outra ou ao interesse do grupo. A responsabilidade subsidiária, portanto, contém a ideia de reforço.¹⁷⁰

Será necessário que o trabalhador demande obedecendo uma ordem de preferência para que a obrigação seja cumprida, em decorrência da responsabilidade subsidiária

Importante salientar, que na hipótese de inadimplemento do devedor principal, o devedor subsidiário deverá arcar com o cumprimento da obrigação, podendo este se valer do benéfico de ordem, ou seja, utilizar-se dos bens sociais livres anteriormente aos seus bens pessoais.

Os devedores subsidiários necessitam ser corretamente identificados para que possam ser acionados caso o devedor principal não honre com sua obrigação. Dessa forma, os devedores subsidiários sucedem o devedor principal no ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo trabalhador. Importante ressaltar que o devedor principal figura como originário, devendo ser cobrado primeiro e, apenas se ele não cumprir com suas obrigações é que deverá ser estabelecida a relação jurídico-processual contra o devedor subsidiário, que figurará como legitimado passivo.¹⁷¹

6.3.1 DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O magistrado está amparado em suas decisões pelo princípio da conveniência e oportunidade o que lhe confere liberdade para decidir.

Por conveniência entende-se a ideia que orienta o julgador, já por oportunidade entende-se o momento em que o julgador deve se pronunciar.

¹⁶⁸ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 141.

¹⁶⁹ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 141.

¹⁷⁰ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.181.

¹⁷¹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 181.

Cumpre-nos ressaltar, que discricionariedade é diferente de arbitrariedade. Dentro da legalidade, o ato discricionário não é arbitrário e nem ilimitado. O poder discricionário confere uma margem de apreciação subjetiva ao magistrado. Entretanto, todos os magistrados estão submetidos ao princípio da legalidade. Dessa forma, mesmo que o ato discricionário envolva uma análise subjetiva, ele deve obedecer aos limites legais. Portanto, mesmo que a lei confira uma certa margem de escolha ao julgador, este deverá sempre pautar-se na finalidade estabelecida pela lei. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada tendo em vista esta finalidade.¹⁷²

Este é o ensinamento da jurista Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas:

(...) para se responder ao questionamento acerca da possibilidade ou não de o magistrado deixar de desconsiderar a personalidade jurídica, mesmo estando presentes e provados pela parte interessada todos os pressupostos legais, faz-se necessário recorrer à lei. Dessa forma, será nos Códigos de Defesa do Consumidor e de Processo Civil (...) que as respostas serão encontradas.¹⁷³

Dessa forma, podemos dizer, que observados os critérios legais e subjetivos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, não poderá o juiz fazer uso da discricionariedade, ou seja, da conveniência e oportunidade, deverá atuar conforme a lei se houver condições previstas em lei, o juiz terá a obrigação de utilizar a desconsideração da personalidade jurídica.

A atividade do magistrado compreende a análise das provas e o julgamento da ação com o objetivo de entendê-la procedente ou improcedente, de forma a aplicar o direito ao caso concreto.¹⁷⁴

O Código de Processo Civil estabelece, em relação à repartição do ônus da prova conforme a natureza dos fatos, que cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.¹⁷⁵

No Direito do Trabalho, no que tange ao ônus probatório, vale destacar que cabe ao exequente o ônus de provar (inteligência do artigo 818 da CLT) o preenchimento dos requisitos contidos no artigo 2.º, § 2.º da CLT.¹⁷⁶

A Justiça do Trabalho brasileira tem “inovado” sob o ponto de vista normativo quando se trata de matéria de responsabilidade empresarial.

Observa-se atualmente um verdadeiro “contorcionismo jurídico” dos magistrados trabalhistas que habilidosamente se utilizam de diversos diplomas legais - tais como a CLT, o Código Civil, Código Tributário e até mesmo o Código de Defesa

¹⁷² FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 249-250.

¹⁷³ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 250.

¹⁷⁴ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 249-250.

¹⁷⁵ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 249-258.

¹⁷⁶ MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris.

do Consumidor - para tentar executar a coisa julgada, evitando assim aquela ideia conhecida pelo jargão popular: “ganha mas não leva” e protegendo “a natureza alimentícia da execução trabalhista”. (art. 100 CF/88 e 135 do CTN).

O Código Civil de 2002 trouxe interessantes inovações no campo do direito das obrigações, que possibilitam equacionar antigos problemas que a doutrina e jurisprudência enfrentavam, destacando-se a questão da responsabilidade.

Costuma-se dizer que grande parte das execuções na esfera laboral é encaminhada para o arquivo, sem sucesso. Tal cenário contribuiu para uma integração da CLT, com o Código Civil, Código Tributário e até mesmo o Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que a CLT, o Código de Processo Civil e o próprio Código Civil possuem regras por vezes esquecidas pelos nossos tribunais. Os bens sujeitos à execução trabalhista são tantos quantos bastem para a satisfação da dívida (condenação) (art. 833 da CLT). Poderão ser todos os bens do devedor, presentes ou futuros (art. 591 do CPC).

Já os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei (art. 596 do CPC). Os casos previstos em lei decorrem de responsabilidade civil ou comercial.

É cada vez mais comum encontrarmos jurisprudência trabalhista preferindo desconsiderar a personalidade jurídica da empresa executada antes de tentar esgotar o patrimônio da empresa, partindo para a penhora on line das contas bancárias dos sócios ou ex-sócios, administradores, sob o argumento de que o artigo 655 do CPC impõe a obrigação do juiz dar preferencia ao dinheiro.

Como já dito, o Código Civil tem regra semelhante à do artigo 596 do CPC, determinando que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. (artigo 1.024) Desse modo, se o sócio é demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade, mas deve então nomear bens localizados na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

Tais dispositivos fundamentam o que se denomina de “responsabilidade legal subsidiária”, na qual o sócio responde pessoalmente pelo débito trabalhista da empresa, na condição de executado.

7. LIMITE DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consente que seja relativizada a autonomia patrimonial conferida pelo direito aos sócios e à sociedade.

Devemos lembrar, que nosso sistema legal permite a responsabilização solidária dos sócios e administradores em algumas situações específicas, sem a necessidade da decretação da desconsideração da personalidade jurídica, exigindo a prova do fato ensejador da incidência da norma jurídica.¹⁷⁷

As perguntas que fazemos ou deveríamos fazer, são: até que ponto, ou até onde cada sócio ou administrador responderia? Deve-se estender a responsabilidade ao administrador, quando este for estranho à sociedade? Até quando alguém que se retira de uma sociedade deve responder pelos atos dela?¹⁷⁸

O proveito econômico do trabalho é um valor que serve de limite à extensa responsabilidade executória advinda da aplicação da teoria da desconsideração da responsabilidade jurídica. Dessa forma, são atingidos os bens dos sócios que se beneficiaram tanto direta quanto indiretamente do trabalho do exequente. Levando isso em consideração, via de regra, são responsáveis todos aqueles que configuravam como sócios à época em que o trabalho foi prestado e, também, os sócios que entraram na sociedade mesmo depois de rescindido o vínculo empregatício, pois, estes, de forma indireta, receberam os benefícios do trabalho prestado para a sociedade.

Como vimos em capítulo anterior, frisa-se que a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade será de dois anos, que deverão ter o início da contagem a partir do dia em que ocorrer a averbação da alteração do contrato social.

A averbação será necessária para tornar o ato conhecido por terceiros, lembrando que o ato de não averbar não invalida a alteração contratual. O sócio retirante possui todos os seus direitos preservados, entretanto, no que diz respeito a terceiros, não pode produzir efeitos se estes não tiverem conhecimento do ato, de forma que o sócio retirante, juntamente com o novo sócio, deverá responder, de forma solidária, pelas obrigações sociais.¹⁷⁹

O sócio minoritário e o sócio que se retira da sociedade, caso responsabilizados e prejudicados, devem entrar com ação de regresso contra os demais sócios.

O administrador não sócio permanecerá vinculado à sociedade por um prazo de três anos, contados do dia em que for apresentado, aos sócios, “o balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento”, conforme dispõe o artigo 206, §3º, VII “b” do Código Civil.¹⁸⁰

Vale destacar que se o administrador responde pelos prejuízos causados, não poderá este ser empregado, já que a assunção dos riscos é incompatível com a figura de empregado.¹⁸¹

¹⁷⁷ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 130.

¹⁷⁸ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 130.

¹⁷⁹ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 133.

¹⁸⁰ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 133.

¹⁸¹ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 132.

Nas sociedades limitadas caberá a todos os sócios responderem com seus bens, porém de forma subsidiária, pelas dívidas trabalhistas da sociedade, terão benefício de ordem, executando-se primeiros os bens sociais. Porém, no que tange a responsabilidade entre os sócios, esta ser sempre solidária.

Nas sociedades anônimas, os responsáveis são os gestores. Na execução trabalhista, a responsabilidade dos gestores configura-se pela satisfação subsidiária das obrigações sociais. A ideia de responsabilização pessoal dos bens pelas dívidas sociais estimula, de certa forma, os gestores a conduzirem com êxito sua administração, de forma a evitar levar a sociedade à insolvência perante seus empregados.

A sociedade anônima possui diferenças no tratamento com os acionistas, admite um distanciamento do acionista, de forma que ele acabe não fazendo parte dos órgãos da administração, dos rumos da sociedade. Tal afastamento explica porque os bens dos acionistas não são alcançados em razão da desconsideração, de forma que a responsabilidade patrimonial fica limitada aos bens dos gestores.

Ainda, cabe ressaltar alguns aspectos, como a natureza do crédito trabalhista, que não permite que este se frustre por atos de sócio que livram seus bens com a escusa legal da separação judicial. Podendo, ser inversamente aplicada a desconsideração da personalidade jurídica para resolver a questão.

Sabemos ainda, que o artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal prevê que o prazo prescricional para interposição das ações trabalhistas será de dois anos, a contar da rescisão contratual, ou de cinco anos no seu curso. Após intentada a ação o empregado deverá ir até a delimitação do seu crédito, não podendo ser ressarcido o empregado frente ao crédito apurado, poderá ver-se ressarcido através da execução do patrimônio do sócio ou administrador.¹⁸²

Ademais, caso o responsável na decisão de desconsideração venha a falecer, seu espólio responderá pelas suas dívidas. Caso em que se o espólio for negativo o crédito trabalhista ficará frustrado, vez que o meeiro e os herdeiros não respondem por obrigação além dos limites da herança.¹⁸³

A responsabilidade do ex-sócio (alguns autores chamam de sócio retirante), que será tratada em capítulo próprio, no momento, é importante esclarecer que nada impede à justiça do trabalho que se promova o deslocamento da execução para o patrimônio de um ou mais sócios de forma solidária e até mesmo para ex-sócios. Se o patrimônio da empresa executada não for suficiente para garantir o pagamento da dívida trabalhista, o patrimônio dos sócios atuais da empresa irá responder. Se o patrimônio dos sócios atuais não for suficiente, o patrimônio dos ex-sócios irá responder.

A Justiça do Trabalho é pautada pelos mais diversos princípios gerando muitas vezes interpretações completamente distintas daquelas projetadas pela Justiça Comum sobre o mesmo diploma legal.

O dia a dia da Justiça do Trabalho tem revelado cada vez mais comum o uso de ferramentas eletrônicas para a pesquisa de bens do executado, potencializando a efetividade da execução.

¹⁸² NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 136 - 137.

¹⁸³ NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Civis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 138.

É o que o juiz do Trabalho Ben-Hur Silveira Claus¹⁸⁴ chama de “Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face da Pesquisa Eletrônica de Bens do Executado”.

Segundo ele, “a utilização da ferramenta eletrônica denominada de Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional - CCS (Bacen-CCS) pode, na pesquisa das pessoas que movimentam as contas bancárias da empresa executada, detectar a existência de sócio oculto, cujos bens poderão então ser penhorados mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que se presume ser sócia de fato a pessoa que tem poderes para movimentar conta bancária da empresa executada”. Com efeito, não é ordinário outorgar poderes para movimentar conta corrente a quem seja estranho à sociedade empresarial. Pelo contrário, a outorga de tais poderes é indicativa de que a sociedade e o outorgado têm interesses comuns, situação em que se estabelece presunção de que o outorgado é sócio oculto da sociedade outorgante de tais poderes. Detectada a existência de sócio oculto via ferramenta eletrônica Bacen-CCS, a pesquisa deve prosseguir perante a Junta Comercial, para descobrir se o sócio oculto participa de outra(s) empresa(s), cujo patrimônio poderá então ser objeto de penhora mediante a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, sob o argumento de confusão patrimonial (CC, art. 50).

A pesquisa perante a Junta Comercial, para descobrir se o sócio oculto participa de outra(s) empresa(s), poderá identificar a existência de grupo econômico, ampliando a possibilidade de êxito da execução trabalhista, seja em razão da solidariedade passiva que recai sobre cada uma das empresas integrantes de grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º), seja em razão da possibilidade de penhorar os bens dos sócios das empresas do grupo econômico mediante a desconsideração da personalidade jurídica das empresas do grupo (CC, art. 50 c/c CPC, art. 592, II).”

Preocupado com esse cenário, Carlos Henrique da Silva Zangrando adverte que “A execução dos bens particulares dos sócios, por dívidas da sociedade, é medida excepcional e só deve ser aplicada naqueles casos em que efetivamente cabível (CC, art. 50), e não como remédio barato para todos os males. Pelo contrário, sua utilização desenfreada atrairá males ainda maiores, oprimindo e amedrontando o já temeroso candidato a empresário, mingando a criação de novas empresas e, por consequência, de novos empregos, os quais são agora mais necessários do que nunca!”¹⁸⁵

Bianca Bastos¹⁸⁶ reconhece que a partir da quebra de uma empresa, a tutela à organização empresarial, com o deslocamento das decisões de questões de responsabilidade patrimonial dos sócios para o juízo universal, segundo princípios e critérios que o norteiam, o que decorre de previsão de sua exclusiva competência para dirimir todas as relações jurídicas da massa falida (art. 6º da Lei n. 11.101/2005).

Luiz Antônio Grisard¹⁸⁷ defende o entendimento de que “a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica deva ser aplicada com cautela no âmbito do Direito do Trabalho, cabendo ao Magistrado analisar se a fase executória restou frustrada em razão do desvio de finalidade, de abuso de personalidade jurídica ou

¹⁸⁴http://www.lex.com.br/doutrina_24289822_A_DESCONSIDERACAO_INVERSA_DA_PERSONALIDADE_JURIDICA_NA_EXECUCAO_TRABALHISTA_E_A_PESQUISA_ELETRONICA_DE_BENS_DE_EXECUTADOS.aspx> acesso em 23/03/2014.

¹⁸⁵ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho: tomo II / Carlos Henrique da Silva Zangrando*. – São Paulo: LTr, 2008. p. 584.

¹⁸⁶ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para a vinculação do patrimônio do sócio* – São Paulo: LTr, 2011. p. 154.

¹⁸⁷ GRISARD, *Responsabilidade do Sócio Retirante por débitos trabalhistas da sociedade*. in *Justiça do Trabalho* – 246/HS p. 37/38.

da inobservância de comando legal quanto a constituição do ente abstrato, não podendo se admitir a invasão do patrimônio dos sócios de pessoa jurídica antes de esgotarem-se as possibilidades de execução dos bens da sociedade, situações nas quais, deve-se lembrar, a responsabilidade do sócio retirante limita-se ao modo subsidiário”.

Há, portanto, flagrante benefício de ordem que a execução trabalhista deve respeitar, não podendo se admitir que sejam penhoradas as cotas bancárias particulares dos sócios da empresa, muito menos dos ex-sócios, se ainda não esgotado o patrimônio da devedora principal (empresa).

Em sentido diametralmente oposto estão diversos juízes do trabalho e alguns doutrinadores, que explicam a diferença de interpretações sobre o mesmo diploma legal:

“Se na Justiça Comum a invocação da teoria desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade personificada é encarada como medida excepcional cuja aplicação reclama estrita configuração dos requisitos do art. 50 do Código Civil, a aplicação dessa teoria é de ocorrência ordinária na Justiça do Trabalho, bastando que a invocação da autonomia patrimonial seja oposta como obstáculo à satisfação de crédito trabalhista para que se tenha por configurada a utilização abusiva da personalidade jurídica da sociedade personificada.

Diversamente do que ocorre na Justiça Comum, a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação trabalhista da sociedade ou de obrigação trabalhista do sócio, respectivamente. Enquanto o credor cível tem o ônus da prova da ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial para lograr obter a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada (CC, art. 50), ao credor trabalhista incumbe apenas demonstrar a insuficiência dos bens da sociedade executada, para que a execução seja direcionada aos sócios. Da mesma forma, tratando-se de execução contra executado pessoa natural, a mera insuficiência de bens do executado pessoal natural dá ensejo ao direcionamento da execução contra a sociedade de que ele participa. Esse redirecionamento é realizado mediante a adoção da técnica da desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Mauro Schiavi¹⁸⁸ segue essa mesma corrente, esclarecendo que o Direito do Trabalho abraçou a teoria objetiva da desconconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual basta a inexistência de bens da sociedade executada para redirecionar-se a execução contra o patrimônio dos sócios. Segundo ele “(...) a moderna doutrina e jurisprudência trabalhista encamparam a chamada teoria objetiva da desconconsideração da personalidade jurídica que disciplina a possibilidade de execução dos bens do sócio, independentemente se os atos violaram ou não o contrato, ou houve abuso de poder. Basta a pessoa jurídica não possuir bens, para ter início a execução dos bens do sócio. No Processo do Trabalho, o presente entendimento se justifica em razão da hipossuficiência do trabalhador, da dificuldade que apresenta o reclamante em demonstrar a má-fé do administrador e do caráter alimentar do crédito trabalhista”.

Daí a grande questão fulcral do presente trabalho: Por quanto tempo deveria o ex-sócio responder na justiça do trabalho? Há obrigação de que o referido sócio seja intimado?

¹⁸⁸ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 709-710.

7.1 RESPONSABILIDADE DO EX-SÓCIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade simples – e por aquelas que não encontrem dispositivo que regulamentem tal questão em lei, na forma de direito subsidiário, encontra-se prevista, por sua vez, nos artigos 1.023¹⁸⁹ e 1.024¹⁹⁰ do Código Civil.

A responsabilidade do sócio que ingressa à sociedade tem previsão expressa com relação às dívidas pregressas, conforme dispõe o artigo 1.025¹⁹¹ do C.C.

Os sócios daquelas sociedades denominadas “em nome coletivo” têm responsabilidade ilimitada por previsão expressa contida no artigo 1.039¹⁹² do C. C.

Já na modalidade de sociedade em comandita simples, o artigo 1.045¹⁹³ do C.C traz regulamentação específica.

Fechando as modalidades de sociedades, temos a responsabilidade dos sócios em sociedades limitadas, que é regulada pelo artigo 1.052¹⁹⁴ do C.C.

Da análise dos comandos legais acima referidos, é possível concluir que, a responsabilidade dos sócios deveria ser limitada à sua quota ou participação, salvo exceções expressamente impostas. Caso se verifique a impossibilidade de satisfação das dívidas por parte da sociedade, haverá sempre a possibilidade de atingir os bens dos sócios atuais no limite do capital social, como regra. Esgotada essa hipótese, via de regra poder-se-ia partir para o patrimônio dos ex-sócios, senão vejamos.

Pedro Paulo Teixeira Manus¹⁹⁵ explica que na Justiça do Trabalho “não há como limitar a responsabilidade do sócio ao percentual de sua participação na sociedade, sob pena de incentivar o inadimplemento e o desinteresse dos demais sócios pelo controle das atitudes do sócio-gerente. Constatando-se a inadimplência da sociedade, responde o sócio localizado pela totalidade do débito, cumprindo-lhe a seguir, se assim entender, agir regressivamente contra demais corresponsáveis pela dívida. Longe de ofender o ajuste feito quando da constituição da sociedade, trata-se de aplicar o princípio segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, não podendo prejudicar terceiros. Dessa forma, evita-se que remanesça ao alcance da execução apenas um dos sócios minoritários, escondendo-se os principais devedores e frustrando-se a execução do devido.”

¹⁸⁹ **Art. 1.023.** Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

¹⁹⁰ **Art. 1.024.** Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais

¹⁹¹ **Art. 1.025.** O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

¹⁹² **Art. 1.039.** Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

¹⁹³ **Art. 1.045.** Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

¹⁹⁴ **Art. 1.052.** Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

¹⁹⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Execução de Sentença no Processo do Trabalho* / Pedro Paulo Teixeira Manus. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. p. 100.

Por outro lado, o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que “(...) a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nesse dispositivo encontra-se o cerne da chamada “segurança jurídica” que, segundo a lição de um dos mais renomados constitucionalistas brasileiros, o professor José Afonso da Silva¹⁹⁶, consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.”

Aqui, vale lembrar as palavras de Ricardo Marcondes Martins¹⁹⁷, para quem “A segurança jurídica é uma necessidade humana básica, considerada uma das principais causas da própria existência do Direito. Se a existência do ordenamento jurídico decorre da necessidade humana de segurança, não como conceder um ordenamento que ela não esteja presente: seja um ordenamento autoritário ou democrático, seja um ordenamento escrito ou não escrito, a existência do ordenamento jurídico dá-se pela necessidade de segurança e por isso pressupõe esse valor. Em outras palavras, pode-se afirmar que, enquanto a concretização da segurança é causa final do Direito, a necessidade de segurança é sua causa eficiente. Dentre os denominados jurídicos destaca-se, assim, a importância da segurança jurídica.”

Então como garantir o respeito à coisa julgada trabalhista e a satisfação da execução – que possui caráter alimentício – e, ao mesmo tempo, respeitar o princípio da segurança jurídica dos atos societários promovidos por ex-sócios de boa-fé?

O judiciário brasileiro é, ao mesmo tempo, o guardião da segurança jurídica e o seu principal inimigo. Dentro do judiciário, há a necessidade de se dar a certeza e previsibilidade, sendo que a surpresa deve ser afastada. Na vida empresarial, o empresário tem que saber como organizar a sua empresa, como estruturá-la, quais os tributos que vai pagar, quais os contratos que vai realizar e até quando deve honrar com seus compromissos e responsabilidades.

Para que se possa responder a provocação (pergunta) apresentada no capítulo anterior, há que partir de uma premissa básica, qual seja, para que possa falar na figura do ex-sócio, há que ter sido efetuado o registro da alteração do contrato ou estatuto social nos termos do artigo 1.086 do Código Civil.

Tanto no caso de exclusão judicial do sócio (art. 1.030 do C.C.), como no caso de exclusão de pleno direito do sócio falido e do que tiver cota liquidada, ou até mesmo na exclusão extrajudicial do sócio (art. 1.085 do C.C.), há que se formalizar a condição do ex-sócio ou do administrador nos seus atos constitutivos. Em outras palavras, se o referido sócio ou administrador não tiver a saída registrada, a justiça acabará entendendo que o sócio é atual, uma vez que ineficaz. (art. 1.003 do C. C.)

Sérgio Pinto Martins¹⁹⁸ relembra que “Na hipótese de a alteração societária não ter sido levada a registro na Junta Comercial ou no Cartório de Registro da Pessoa Jurídica, respondem os sócios anteriores pela execução, justamente porque não houve a publicidade do registro da alteração no órgão competente e, portanto, os sócios continuam a ser os anteriores e não atuais.”

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed. p. 133.

¹⁹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos e vícios do ato administrativo*, *Temas de Direito Administrativo* 19, Malheiros São Paulo, 2008, p. 306 e 307.

¹⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Responsabilidade dos sócios na Justiça do trabalho*. in *Repertório de Jurisprudência IOB* – 2ª Quinzena de janeiro de 2003 – nº 2/2003 – Vol. II. p. 47

O Código Civil, nos artigos 1.029¹⁹⁹ e em especial no artigo 1.030²⁰⁰, regula a saída do ex-sócio, não adotando tal nomenclatura.

Já o artigo 1.086 determina que se siga a apuração dos haveres do sócio excluído, bem como a forma de seu pagamento, seguindo o disposto no art. 1.031, que, por sua vez se aplica a todas as modalidades de resolução da sociedade em relação a um sócio, previstas no art. 1.029 e 1.028 do Código Civil.

Cumpridas as formalidades do art. 1.086 do Código Civil, podemos entender que determinado sócio ou administrador possa ser chamado de “ex-sócio” ou “ex-administrador”, aplicando-se então o disposto no artigo 1.031 e 1.032 do Código Civil.

O Código Civil traz o fundamento para se chamar à responsabilidade, tanto no caso da sociedade existente, quanto no caso daquela extinta, o patrimônio do sócio ou ex-sócio, quando o patrimônio social for insuficiente ou enquanto não forem extintas as responsabilidades sociais.²⁰¹

O artigo 1032 do CC destaca que:

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

O artigo 1003 do Código Civil regula as obrigações dos sócios retirantes, in verbis:

“Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”

Como já dito neste trabalho, a Justiça do Trabalho vem entendendo que os ex-sócios e até em casos extremos os ex-administradores, continuam a responder por dívidas trabalhistas das empresas que integraram, excepcionalmente, até mesmo após lapso temporal de dois anos, após a averbação cartorial de seu desligamento das corporações, como estatui o artigo 1003 do Código Civil.

¹⁹⁹ **Art. 1.029.** Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

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

²⁰⁰ **Art. 1.030.** Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

²⁰¹ Inteligência do artigo 1.001 do C.C.

A Jurisprudência trabalhista, salvo raríssimas exceções, não analisa a espécie de sociedade nos termos dos artigos 1.023, 1.024, 1.025, 1.039, 1.045 ou 1.052 supra destacados, antes de invadir o patrimônio dos sócios ou ex-sócios.

Para Amador Paes de Almeida²⁰² *“a Justiça do trabalho vem, com frequência, determinando a penhora de bens particulares de ex-sócios, não faltando acórdãos que perpetuam responsabilidade destes, por débitos trabalhistas. (...) Estabelece-se assim, ao total arrepio da lei, responsabilidade ad perpetuum do sócio, ainda que este se tenha retirado regularmente da sociedade, bastando que o contrato de trabalho possa ter sido constituído à época em que integrava a sociedade.”*

Coadunamos com o entendimento do renomado doutrinador no sentido de que *“poder-se-ia falar em responsabilidade do sócio retirante, na hipótese comprovada (e não por ilação) de cessão de quotas-sociais ou transferência de titularidade da empresa a pessoas inidôneas, em fase de acentuada crise econômico-financeiras da unidade produtiva, tudo demonstrando fraude a credores - o que pressupõe insolvência ou fraude à execução, que só se caracteriza quando “ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência” (art. 593, II, do CPC)”*.

Com efeito, não estamos tratando aqui da saída fraudulenta do sócio, mas partindo da presunção da boa-fé. *“Diversa é a situação do sócio que se retira da sociedade quando haja débitos desta. Sob a égide do art. 339 do Código Comercial, o sócio que se despedisse antes de dissolvida a sociedade ficava responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. O novo Código Civil, no artigo 1003, parágrafo único, amplia a responsabilidade do sócio retirante até dois anos, após a averbação da alteração contratual na Junta Comercial”*.

*“É verdade que o crédito trabalhista é de natureza privilegiada, tendo natureza alimentar. Não obstante, mais injusto do que deixar de satisfazê-lo é pretender receber este crédito de quem não é devedor, o que constitui injustiça e ilegalidade à evidência”*²⁰³.

Sérgio Pinto Martins²⁰⁴ é taxativo em afirmar: *“Inadmissível a afirmação de que uma vez sócio, sempre sócio, sendo essa pessoa eternamente responsável pelas obrigações trabalhistas, salvo em hipótese de fraude. Há necessidade que lei trate de execução dos bens do sócio no processo, pois a CLT é omissa sobre o tema. A lei determina que, independentemente da espécie societária, o sócio responderia pelas obrigações trabalhistas, conforme ela definir, como na hipótese em que não há bens da sociedade a serem penhorados.”*

Segundo o referido autor *“Se o sócio saiu da empresa antes de o empregado começar a trabalhar na empresa e até antes da propositura da ação, não há responsabilidade de pessoa.” (...) Caso tenha o sócio trabalhado com o empregado, mas se desligue antes da propositura da ação, entendo que o sócio não deve ser responsabilizado pelas dívidas da sociedade. Na hipótese de que o sócio trabalhou com o empregado na empresa, porém dela se desligou no período em que foi proposta a ação, ainda assim, entendo que não há responsabilidade do sócio, salvo prova de fraude.”*

²⁰² ALMEIDA, Amador Paes. *Execução de bens dos sócios*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 175.

²⁰³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Execução de Sentença no Processo do Trabalho* / Pedro Paulo Teixeira Manus. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. p. 106.

²⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Responsabilidade dos sócios na Justiça do trabalho*. in *Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de janeiro de 2003 – nº 2/2003 – Vol. II*. p. 46.

Para Gustavo Felipe Barbosa Garcia²⁰⁵ “a questão, entretanto é controvertida, havendo entendimento de que o mencionado prazo de dois anos, durante o qual o ex-sócio pode permanecer respondendo por débitos da sociedade deve ser contado a partir da averbação de sua saída do quadro societário, mas somente até a efetiva constrição do bem do ex-sócio da sociedade, por meio de penhora na execução ou de medida cautelar”.

Em sentido diametralmente oposto, Mauro Schiavi²⁰⁶ alega que “parte da jurisprudência se mostra refratária à aplicação do art. 1003 do CC ao processo do trabalho, argumentando que a responsabilidade do sócio retirante persiste para fins trabalhistas, mesmo após dois anos, pois se o sócio retirante estava na sociedade à época da prestação de serviços e usufruiu da mão de obra do trabalhador é justo que seu patrimônio responda pelos débitos trabalhistas. Além disso, argumentam incompatibilidade dos princípios protetor, da natureza alimentar e irrenunciabilidade do crédito trabalhista. (...) No nosso sentir, o artigo 1003 do Código Civil se aplica ao processo do trabalho, por conter um critério objetivo e razoável de delimitação da responsabilidade do sócio retirante. Não obstante, em casos de fraude ou de notória insolvência da empresa ao tempo da retirada, a responsabilidade do sócio retirante deve persistir por prazo superior a dois anos”.

Tal corrente entende que se os ex-sócios ao tempo em que integravam a sociedade tenham participado da celebração do contrato de trabalho com os trabalhadores, e, a partir de então também tenham auferido lucros ou vantagens ou ao menos se apropriado da força de trabalho correlata, deverão responder pelas dívidas trabalhistas, caso a empresa ou sociedade não disponha de patrimônio suficiente para arcar com tais dispêndios, mesmo transcorrido o interregno de dois anos, como dispõe a norma civilista.

Mauro Schiavi²⁰⁷ dá uma importante sugestão aos sócios que se retiram de sociedades. Segundo ele, “(...) muitos sócios deixam a sociedade quando ela tem dívidas trabalhistas ou está prestes a sofrer execuções trabalhistas que possam levá-la à insolvência. Em razão disso, pensamos que o sócio retirante, pelo princípio da boa-fé objetiva que deve nortear os negócios jurídicos, ao sair da sociedade, deve retirar certidões que comprovem a inexistência de dívidas trabalhistas à época da saída, o que, mesmo elas existentes, a sociedade têm patrimônio suficiente para quitá-las. Caso contrário, a responsabilidade do sócio retirante persistirá mesmo após dois anos contados da data da saída.”

Nos dias atuais, há claramente duas correntes (interpretações) diametralmente antagônicas, com relação aos 2 (dois) anos da lei, a saber:

- **1ª Corrente:** que especifica que a ação trabalhista deve ser ajuizada no máximo até o final do biênio após a averbação da retirada do sócio, tenha ele essa condição na vigência do contrato de trabalho da parte autora ou não.

Vale transcrever alguns julgados de diversos Tribunais, que espelham esse entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SÓCIOS RETIRANTES. RESPONSABILIDADE. A decisão

²⁰⁵ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. Tiragem : São Paulo: Método, 2012. p. 661.

²⁰⁶ SCHIAVI, Mauro. *Execução no Processo do trabalho* – 5. Ed. - São Paulo: LTr, 2013. p. 168/169

²⁰⁷ SCHIAVI, Mauro. *Execução no Processo do trabalho* – 5. Ed. - São Paulo: LTr, 2013. p. 170.

recorrida consignou que **os sócios da empresa haviam se retirado da sociedade há mais de dois da data do ajuizamento da ação**. Assim, transcorrido esse lapso temporal, não se há de falar na responsabilidade deles pelos débitos trabalhistas porventura devidos à reclamante, ante os termos dos artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil. Julgamento regional que deve ser mantido. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 1662007220085150034 166200-72.2008.5.15.0034, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 09/05/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2012)

RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. ARTIGOS 1.003, PARÁGRAFO ÚNICO, E 1.032 DO CÓDIGO CIVIL. Esses dispositivos resolveram um dilema que sempre atormentou os tribunais, qual seja, o limite, no tempo, da responsabilidade do sócio que se desliga da sociedade. Consagrou-se, então, a tese de que **obrigação do ex-sócio não se perpetua**, pois, caso contrário estaria comprometida a segurança dos negócios e das pessoas. A responsabilidade do sócio, portanto, não se estende para período em que já não era mais sócio. E com a retirada - ou com a exclusão -, o ex-sócio responde pelas tais obrigações (as que tinha enquanto sócio), até dois anos depois da retirada ou da exclusão, ou da respectiva averbação. Agravo de petição do exequente a que se nega provimento. (TRT-2 - AGVPET: 2224200802802006 SP 02224-2008-028-02-00-6, Relator: EDUARDO DE AZEVEDO SILVA, Data de Julgamento: 07/07/2010, 11ª TURMA, Data de Publicação: 20/07/2010)

- **2ª Corrente:** que especifica que é irrelevante quando a ação foi ajuizada, contanto que o ex-sócio ou administrador tenha sido sócio na vigência (ou após o término) do contrato de trabalho do reclamante.

Vale destacar os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. É responsável o sócio retirante pela satisfação das dívidas contraídas pela empresa executada na época em que integrava o seu quadro societário. (TRT 12ª Reg. Ac. 14007/2005, Juíza Gisele P. Alexandrino, DJ/SC de 29-11-2005, pág. 219).

SÓCIO RETIRANTE. A responsabilidade do sócio retirante tem o seu alcance balizado pelo tempo de prestação de serviços do empregado concomitante com a sua participação no quadro societário. (TRT 12ª Reg. Acórdão 11940/2005, Juiz Marcus Pina Mugnaini, DJ/SC de 28-09-2005, pág. 247).

“Trata-se, portanto, de entendimentos totalmente divergentes, com critérios temporais distintos. Um estabelece uma segurança jurídica mínima que o texto legal invoca: se averbada a saída, haverá dois anos de “preocupação” para o ex-sócio ser responsabilizado legalmente. Outro que estabelece a mais plena insegurança jurídica: a qualquer momento o ex-sócio poderá ser acionado, se o empregado com contrato vigente na sua época de participação não conseguir assegurar a quitação da dívida através dos bens da sociedade ou de seus sócios atuais.”²⁰⁸

A provocação feita no capítulo anterior, no sentido de se saber por quanto tempo deveria o ex-sócio responder na justiça do trabalho e se haveria a obrigação de que o referido sócio seja intimado, teria duas respostas possíveis: **i) por dois anos após a averbação da saída da sociedade** (1ª corrente legalista) ou **ii) eternamente** (pela 2ª corrente principiológica).

Como forma de tentar combinar o disposto nos artigos 1.001, 1.003, 1.032 e 2033, todos do Código Civil, com a mais moderna hermenêutica do dispositivo legal, entendemos que os ex-sócios têm plena responsabilização pelas dívidas até dois anos após a averbação da modificação do contrato, por todas as obrigações que tinham como sócios, em igualdade de tratamento com os sócios atuais, ao tempo em que participavam da sociedade.

Se expirado o prazo de 2 (dois) anos previsto no artigo 1.032 do C.C. não houvesse ainda qualquer ação trabalhista, não há que se falar em passivo trabalhista e, por consequência, não há como se responsabilizar o ex-sócio ou administrador pela satisfação de determinada dívida trabalhista.

A jurisprudência já se pronunciou nesse sentido:

AGRAVO DE PETIÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. A responsabilidade do sócio que se retira da sociedade é limitada à dois anos a partir da sua saída. Regra jurídica já existente no artigo 5º, parágrafo único do Decreto-Lei 7661/45 e renovada no artigo 1.032 do Código Civil. Sócio que não integrava o quadro societário da reclamada no período em que o reclamante prestou serviços não responde pelos débitos desta. Agravo provido. (TRT 2ª Região - PROC. TRT/SP nº 0099100.35.1994.5.02.0202 – Desembargador Relator FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO – Acórdão nº 20110218510 – DOE 4.3.2011)(grifei)

O Tribunal Superior do Trabalho, tentando uniformizar a jurisprudência, já se posicionou no sentido de que **é o bloqueio judicial** (construção), seguido de citação válida para pagamento, o marco temporal que deve ocorrer antes ou até do biênio legal contado da averbação da saída dos quadros societários da executada. Se expirado o prazo de 2 anos e não houver o bloqueio judicial, não se haverá falar em responsabilidade, o que prestigiou a segurança jurídica dos atos societários.

²⁰⁸Cesar Luiz Pasold Júnior *In* Responsabilidade do sócio retirante: a insegurança acerca da responsabilização na desconsideração da personalidade jurídica – divergências jurisprudenciais [FARIA, Jader Marques Maurício. *Desconsideração da Personalidade Jurídica* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 29

Vejamos a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. BACEN-JUD. EX-SÓCIO. NECESSIDADE CITAÇÃO VÁLIDA COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL. ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO EX-SÓCIO. PROVIMENTO. 1. É assente na jurisprudência tanto do STJ quanto dos Tribunais Regionais Federais que, para a utilização da penhora eletrônica autorizada pelo artigo 655-A do CPC, é necessária a citação válida do ex-sócio, sobretudo quando a reclamação foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e apenas, em sede de execução, foi requerido o redirecionamento da execução aos sócios. 2. Diante da aparente ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento da Revista. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. BACEN-JUD. EX-SÓCIO. NECESSIDADE CITAÇÃO VÁLIDA COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL. ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO EX-SÓCIO. LIMITAÇÃO RESPONSABILIDADE EX-SÓCIO. PRAZO. DOIS ANOS. ARTIGO 1.032 DO CÓDIGO CIVIL. PROVIMENTO. 1. Discute-se nos autos, entre outros temas, a possibilidade da penhora de bem de ex-sócio, incluído na relação processual apenas na fase de execução, sem sua prévia citação. 2. É assente na jurisprudência tanto do STJ quanto dos Tribunais Regionais Federais que, para a utilização da penhora eletrônica autorizada pelo artigo 655-A do CPC (Bacen-Jud), **é necessária a citação válida do ex-sócio**, sobretudo quando a ação foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e apenas, em sede de execução, foi requerido o redirecionamento da execução aos sócios. 3. **O bloqueio das disponibilidades financeiras do ex-sócio, através do Sistema Bacen-Jud, antes de sua citação, ofende o devido processo legal, pois a citação válida é requisito essencial para a instauração do processo em face do executado, por força do artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. **De outra parte, há de se ter em consideração a circunstância de que a determinação do bloqueio judicial deu-se no momento em que já expirado o prazo previsto no artigo 1.032 do Código Civil, que limita a responsabilidade do ex-sócio pelo cumprimento das obrigações contraídas pela empresa até dois anos após a averbação de sua retirada da sociedade**. 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST -
 Processo: RR - 154940-24.2006.5.02.0262 Data de Julgamento: 12/05/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010.)”

Da análise da referida jurisprudência, há como se responder a pergunta anteriormente formulada para concluir que haverá sempre a necessidade de se dar ciência ao ex-sócio executado, sob pena de nulidade processual.

Repita-se, por oportuno, o bloqueio das disponibilidades financeiras do ex-sócio, através do Sistema Bacen-Jud, antes de sua citação, ofende o devido processo legal, pois a citação válida é requisito essencial para a instauração do processo em face do executado, por força do artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho.

É importante destacar aqui que o Tribunal Superior do Trabalho não tem tantos julgados sobre o tema, porque os recursos de revista (§2º do artigo 896 da CLT), em fase de execução, só podem subir (entenda-se serem conhecidos e julgados pela corte maior) em caso de ofensa direta à Constituição Federal. Ocorre que o TST tem considerado esse tema (responsabilidade do ex-sócio retirante) matéria de ordem infraconstitucional, o que aumenta a insegurança jurídica dos jurisdicionados e em especial das empresas já que a ofensa reflexa à Constituição Federal não é apreciada pela Instância maior, o que é lamentável.

De qualquer forma, visando construir critérios claros para definir a responsabilidade dos ex-sócios ou administradores na Justiça do Trabalho, permitimo-nos utilizar os ensinamentos dos professores Otávio Pinto e Silva e Estêvão Mallet, para os quais contados mais de 2 anos da saída dos quadros societários da empresa executada e não havendo qualquer constrição trabalhista para com algum reclamante exequente, não há que se falar em responsabilização.

Com efeito, se os referidos doutrinadores entendem que o requisito essencial para a responsabilidade do ex-sócio ou ex-administrador era a existência ou não de constrição, o que dirá então no caso em que não havia sequer sido distribuída qualquer ação trabalhista?

Vale destacar que a saída de um determinado trabalhador da empresa não é requisito essencial para a distribuição da ação, sendo certo que o mesmo poderia fazê-lo mesmo antes da saída do ex-sócio ou administrador dos quadros societários da empresa. Se não o fez, tampouco distribuiu ações cautelares (conforme ensina MALLET) não pode após o prazo de 2 anos contados da averbação da saída, querer executar quem não possui mais qualquer responsabilidade, sob pena de prestigiar-se a insegurança jurídica e tornar obsoleto os ditames do artigo 1003 e 1032 do Código Civil.

Nossos tribunais já enfrentaram casos semelhantes a esse, valendo citar:

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. DÉVIDAS DA PESSOA JURÍDICA EMPREGADORA. PARÂMETRO DEFINIDOR. O parâmetro definidor da responsabilidade do sócio retirante não tem relação com a data do ajuizamento da ação, mas sim com a época de constituição dos créditos exequendos. (TRT 12ª Reg. ACÓRDÃO TRT 12ª / SECRETARIA DA 1ª TURMA / AG PET 0006602007 - MARIA APARECIDA CAITANO)

AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO EXECUÇÃO - RESPONSABILIDADE DE EX -SÓCIO Não há dúvida de que o sócio retirante responde subsidiariamente por atos de gestão em face da moderna teoria da despersonalização

da pessoa jurídica. Ocorre, todavia, que não existe responsabilidade perpétua. O direito consagra a existência de prescrição e decadência, visando à tranquilidade social. Não havendo, na atual ordem jurídica, norma explícita sobre o limite temporal da responsabilidade do sócio retirante quanto aos créditos trabalhistas, cabe ao intérprete buscar limites sistêmicos que deverão ser aplicados aos litígios em andamento. O primeiro deles concerne ao prazo prescricional consignado no inciso XXIX, do art. 7.º, da CF, que estabelece:(...) ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato (grifou-se).O segundo diz respeito ao prazo de dois anos, fixado no parágrafo único do art. 1.003 e no art. 1032, ambos do Código Civil Brasileiro, para a responsabilidade do sócio retirante, in verbis, respectivamente: Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores a 2 (dois) anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requer a averbação. em suma: se a reclamação não se iniciou no período contemporâneo à gestão do sócio, muito menos nos dois anos subseqüentes à sua saída, não há como responsabilizá-lo, subsidiária ou solidariamente, por eventual débito trabalhista.o judiciário deve buscar a satisfação do julgado, todavia, não pode, nesse intento, gerar situações absurdas, como na hipótese presente, onde o ex-sócio teve seu patrimônio atingido para satisfação de um crédito trabalhista originário de uma ação proposta mais de dois anos após seu desligamento do quadro societário. Assim, considerando o tempo decorrido entre a saída do agravante do quadro societário da executada e a propositura da ação trabalhista, impõe-se sua exclusão do polo passivo, com a consequente liberação da constrição realizada sobre o seu patrimônio. Agravo de petição a que se dá provimento. (TRT-2 - AP: 759200606602007 SP 00759-2006-066-02-00-7, Relator: NELSON NAZAR, Data de Julgamento: 01/03/2007, 12ª TURMA, Data de Publicação: 16/03/2007) (grifos nossos)

RESPONSABILIDADE DOS EX-SÓCIOS. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 1032 DO CÓDIGO CIVIL. Prevê o artigo 1032 do Código Civil que a responsabilidade do ex-sócio pelo cumprimento das obrigações contraídas pela sociedade

subsiste até dois anos após a averbação de sua retirada da mesma. Frustradas as tentativas de executar o patrimônio da sociedade, houve determinação do Juízo para que a execução se voltasse contra o ex-sócio. Entretanto, tal determinação deu-se no momento em que já expirados os mencionados dois anos, portanto, é forçosa a declaração de insubsistência da penhora do bem dos ex-sócios. Agravo de petição em embargos de terceiro a que é dado provimento.(TRT-2 - AP: 2216200804502005 SP 02216-2008-045-02-00-5, Relator: DELVIO BUFFULIN, Data de Julgamento: 02/07/2009, 12ª TURMA, Data de Publicação: 14/08/2009)

EXECUÇÃO. EX-SÓCIO QUE SE RETIROU DA SOCIEDADE HÁ MAIS DE 2 (DOIS) ANOS ANTES DA PROPOSITURA DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA.RESPONSABILIDADE AFASTADA. O art. 1032 do Código Civil estabelece que o sócio retirante ou excluído só responde pelas obrigações da sociedade no prazo de até 2 (dois) anos após a averbação da sua retirada ou exclusão e o parágrafo único do artigo 1003 do mesmo diploma legal estabelece que até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. **ora, não pode o ex-sócio responder por dívidas da sociedade eternamente, tendo a lei civil fixado lapso temporal para sua responsabilização máximo de 2 (dois) anos da sua retirada da sociedade.** (TRT-2 - AP: 1689200901802003 SP 01689-2009-018-02-00-3, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/01/2010, 12ª TURMA, Data de Publicação: 05/02/2010) (grifos nossos)

Concluímos por todo exposto neste capítulo que embora haja julgados de diferentes entendimentos, os ex-sócios têm plena responsabilização pelas dívidas até dois anos após a averbação da modificação do contrato, por todas as obrigações que tinham como sócios, em igualdade de tratamento com os sócios atuais, ao tempo em que participavam da sociedade. Se expirado o prazo de 2 (dois) anos previsto no artigo 1.032 do C.C. não houvesse ainda qualquer ação trabalhista, não há que se falar em passivo trabalhista e, por consequência, não há como se responsabilizar o ex-sócio ou administrador pela satisfação de determinada dívida trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, verificamos que a desconsideração da personalidade jurídica tem expressa previsão no sistema legal brasileiro.

Tratamos dos diversos tipos de sociedades, criadas para o fim negocial, de facilitar suas relações comerciais.

As sociedades ganharam autonomia civil e patrimonial por meio da personalização, ou seja, as sociedades adquiriram a capacidade de titular direitos e

contrair obrigações, ocorrendo por consequência a separação patrimonial da sociedade e dos sócios que a compõem.

Foi necessária a intervenção da lei para coibir os excessos praticados pelos sócios, por abuso ou fraude no intuito de lesar credores ou terceiros, diante deste cenário, foi criada a desconsideração da personalidade jurídica.

A aplicação desta teoria não encontra respaldo legal quanto ao momento processual para sua decretação, mas através da aplicação da teoria o Poder Judiciário ignorará a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e responsabilizará direta, pessoal e ilimitadamente o sócio em relação a uma obrigação que, inicialmente, caberia à sociedade.

O principal fator para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é que haja a ocorrência de fraude na separação patrimonial ou abuso de direito, ambos utilizados como artifícios com a finalidade de prejudicar terceiros.

A legislação pátria estabelece algumas disposições sobre o assunto, como na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil, e no Direito do Trabalho entre outras.

Na seara trabalhista tanto o abuso e a fraude à lei quanto a mera probabilidade de dano à satisfação plena dos direitos dos trabalhadores possibilitam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, posto que obstáculo algum é admitido perante o cumprimento dos direitos dos empregados, parte hipossuficiente da relação trabalhista.

Neste aspecto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica representou uma importante conquista dentro da seara de direitos e garantias voltadas ao trabalhador, na medida em que autoriza, de forma célere e eficaz, a busca da plena satisfação dos créditos de natureza trabalhista, pois os direitos dos trabalhadores, previstos e garantidos no artigo 7º da Constituição Federal, jamais podem ser inibidos pela personificação das sociedades comerciais.

Verificamos ao longo deste trabalho que as normas trabalhistas acabam por se entrelaçar com as normas relativas ao direito empresarial e civil, visto que muitos pontos, como a responsabilidade do ex-sócio e a própria desconsideração da personalidade jurídica encontram omissão na Consolidação das Leis do Trabalho.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho deve ser aplicada excepcionalmente, devendo ser criterioso o juiz e devendo sempre executar primeiro os bens da sociedade e não sendo suficiente, adentrar aos bens dos sócios, respeitando assim o benefício de ordem.

Quanto à responsabilidade do ex-sócio, tomamos como regra, o quanto disposto no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 1032 do Código Civil, decorrido o prazo de dois anos a partir da retirada do sócio, este não pode ter mais o seu patrimônio atingido pela execução forçada, ainda que ação tenha sido ajuizada antes do término do prazo e ainda que se refira a período do contrato de trabalho em que o sócio estava na empresa, por ser a solução que traz a maior segurança jurídica”

Todavia, por fim, nos cumpre lembrar, que a aplicação de quaisquer institutos a fim de proteger um bem maior, deve respeitar o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal amparados pela Constituição Federal.

Como vimos, a justiça do trabalho tem adotado diversos posicionamentos com relação à responsabilização de ex-sócios. A CLT é omissa com relação à desconsideração da personalidade jurídica e também silencia no que tange à responsabilidade dos ex-sócios, obrigando os operadores do direito a se socorrerem do Direito Subsidiário.

Ao juiz é defeso deixar de decidir nos feitos em que se enquadrem a sua jurisdição e competência. Não é lícito abster-se de julgar, devendo sempre procurar a satisfação da dívida em total respeito à res judicata. Por outro lado, não cabe ao juiz legislar, devendo se ater aos fundamentos jurídicos existentes, sob pena de se causar tremenda insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Por outro lado, o magistrado, em especial o trabalhista, deve procurar não apenas a consecução do direito humano fundamental do trabalhador e a duração razoável do processo, preconizado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, mas garantir a segurança jurídica que norteia o convívio em sociedade.

Vale lembrar as palavras de Bianca Bastos²⁰⁹ para quem “*O Direito do Trabalho não deve dispor desta análise econômica dos limites da responsabilidade patrimonial dos sócios. É preciso enfrentar as questões conceituais de áreas correlatas, como Direito de Empresa, a fim de manejar adequadamente todo o ordenamento jurídico, e alocar critérios para a penetração do patrimônio civil dos sócios na área trabalhista. Ao realizar esse trabalho, a superação de conflitos conceituais permite uma visão coordenada de instrumentos próprios do Direito do Trabalho, e dos limites de sua utilização, para a realização do crédito trabalhista.*”

Defende-se a ideia derivada do pós positivismo jurídico, de criar meios de privilegiar princípios fundamentais, em situações nas quais a letra fria da lei não atinge os objetivos almejados pela sociedade, de modo a entregar, na ótica da Justiça distributiva aristotélica, o provimento jurisdicional de forma célere e eficaz. Da mesma forma, há que se garantir a segurança jurídica, a estabilidade social e a presunção da boa-fé, esta última tão esquecida pela nossa jurisprudência.

Daí a necessidade de se definir parâmetros para coibir a responsabilização *ad eternum* e irrestrita dos ex- sócios perante a Justiça do Trabalho.

Como visto, a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho deve ser aplicada com muita cautela, cabendo ao juiz analisar se a fase executória restou frustrada em razão do desvio de finalidade, de abuso de personalidade jurídica ou da inobservância de comando legal quanto à constituição do ente abstrato, não podendo se admitir a invasão do patrimônio dos sócios de pessoa jurídica antes de esgotarem-se as possibilidades de execução dos bens da sociedade, situações nas quais, deve-se lembrar, a responsabilidade do sócio retirante limita-se ao modo subsidiário.

Há, portanto, flagrante benefício de ordem que a execução trabalhista deve respeitar, não podendo se admitir que sejam penhoradas as contas bancárias particulares dos sócios da empresa, muito menos dos ex-sócios, se ainda não esgotado o patrimônio da devedora principal (empresa).

No que tange à responsabilidade do ex-sócio, de tudo quanto foi estudado, somos da opinião de que o critério temporal que delimita a responsabilidade do sócio retirante não pode ser a simples distribuição da reclamação trabalhista, mas sim a prática do ato de constrição.

Nessa esteira, decorrido o prazo de dois anos a partir da retirada do sócio, este não pode ter mais o seu patrimônio atingido pela execução forçada, ainda que ação tenha sido ajuizada antes do término do prazo e ainda que se refira a período do contrato de trabalho em que o sócio estava na empresa, por ser a solução que traz a maior segurança jurídica”

A segurança jurídica mínima prevista na legislação é o tempo de

²⁰⁹ BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para a vinculação do patrimônio do sócio* – São Paulo: LTr, 2011. p. 55.

responsabilização do sócio retirante. A responsabilização fora desse limite de tempo deve ser considerada inconstitucional (art. 5º, II da CF).

E mais, a prescrição do direito de executar o patrimônio de um ex-sócio traz exatamente a segurança jurídica aqui defendida, consubstanciada na presunção de boa-fé (que deve reger qualquer relação).

Com relação à efetividade e satisfação da execução trabalhista, coadunamos com o entendimento do professor Otávio Pinto e Silva de o direito processual assegura mecanismos para proteger o credor, seja por meio de antecipação de tutela, cabível no processo de conhecimento ou no de execução, seja por meio de medidas cautelares, como o arresto, tudo de modo a atender simultaneamente a “todos esses anseios de segurança, eficácia do artigo 1003 e garantia da utilidade do processo”.

Longe de ser um assunto pacífico, é inegável que os ex-sócios de empresas vivem em constante insegurança jurídica, face à diversidade de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Aquela empresa que, quando da sua saída não possuía passivo trabalhista, hoje pode estar sofrendo diversas execuções.

Enquanto o tema não ganha tratamento de Orientação Jurisprudencial ou de Súmula pelo Tribunal Superior do Trabalho, vale lembrar o jargão popular que diz: *"Cautela e caldo de galinha não fazem mal a ninguém."*

Trazendo tal ditado popular para o foco do presente estudo, vale sempre sugerir ao sócio retirante, pelo princípio da boa-fé objetiva que deve nortear os negócios jurídicos, que ao sair da sociedade extraia certidões que comprovem a inexistência de dívidas trabalhistas à época da saída, o que, mesmo elas existentes, a sociedade têm patrimônio suficiente para quitá-las. No Brasil, é comum o empresário ser convidado a comprovar a sua boa-fé, sob pena de presunção da má-fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS E REVISTAS JURÍDICAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva – 11. Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6. ed. ver., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOVINO, Marcio Lamonica. [et. al] – Temas relevantes de direito empresarial – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris
CAMILLO, Carlos Eduardo.[et. al]. *Direito de empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Editora Saraiva, 30ª edição – 2005.

Cesar Luiz Pasold Júnior *In Responsabilidade do sócio retirante: a insegurança acerca da responsabilização na desconsideração da personalidade jurídica – divergências jurisprudenciais* [FARIA, Jader Marques Maurício. *Desconsideração da Personalidade Jurídica* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1 e v 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FIUZA, Ricardo. *O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica* :análise à luz do código de defesa do consumidor e no novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FRIGERI, Márcia Regina. *A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da pessoa jurídica*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 739, maio 1997.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. Tiragem: São Paulo: Método, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

GRISARD, Responsabilidade do Sócio Retirante por débitos trabalhistas da sociedade. in *Justiça do Trabalho* – 246/HS.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Execução de Sentença no Processo do Trabalho* / Pedro Paulo Teixeira Manus. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2005

MARTINS, Franz. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos e vícios do ato administrativo, Temas de Direito Administrativo 19*, Malheiros São Paulo, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Responsabilidade dos sócios na Justiça do trabalho*. in *Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de janeiro de 2003 – nº 2/2003 – Vol. II*

MARTINS, Sérgio Pinto. *Responsabilidade dos sócios na Justiça do trabalho*. in *Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de janeiro de 2003 – nº 2/2003 – Vol. II*.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral. [et. al] – *Temas Relevantes de Direito Empresarial* – obra não publicada, prevista para out.2014. Ed. Lúmen Juris

NAHAS, Thereza - *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Reflexos Cíveis e Empresariais no Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol 1, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

POPP, Carlyle. Pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed. p. 133.

TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 794, dez. 2001.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho: tomo II / Carlos Henrique da Silva Zangrando*. – São Paulo: LTr, 2008.

ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: *A reconstrução do direito privado*, 2002

ARTIGOS DA INTERNET

ARAUJO, Juliana Cristina Busnardo Augusto de. A desconsideração da personalidade jurídica: a polêmica sobre a necessidade da prova. In.: *âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 81, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8484>. Acesso em 15/03/2014

GOMES, Daniel Vasconcelos – artigo – A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o Código Civil de 2002- <http://jus.com.br/artigos/17342/a-teoria-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-codigo-civil-de-2002> - Publicado em 09/2010 - acesso em 10/03/2014.

TOMAZETTE, Marlon. Desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 27, 31/03/2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1032> Acesso em 15/03/2014.

http://www.lex.com.br/doutrina_24289822_A_DESCONSIDERACAO_INVERSA_DA_PERSONALIDADE_JURIDICA_NA_EXECUCAO_TRABALHISTA_E_A_PESQUISA_ELETRONICA_DE_BENS_DE_EXECUTADOS.aspx> acesso em 23/03/2014.

CONSULTA À LEGISLAÇÃO

Código Civil

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - - acesso em 10/03/2014.

Câmara dos deputados

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21064> — acesso em 12/03/2014.

TST – Consulta de Orientação Jurisprudencial:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_401.html#TEMA411 – Acesso em 15/03/2014.