

APRESENTAÇÃO

Inadequadamente confunde-se erudição com o empolamento cômico daqueles que nada têm de eruditos. Livremo-nos, desde logo, desse conceito equivocado.

Isto feito, posso afirmar que erudição é a tônica de "O Abuso da Personalidade Jurídica à Luz da Nova Lei Civil", ensaio em que a Dra. Cristiane Falco Corrêa de Sá Carneiro reúne os aspectos mais relevantes da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, colhidos no direito pátrio e no direito comparado, para os conformar às suas conclusões sobre o abuso da sociedade empresarial à luz do Código Civil vigente.

Temos aqui estudo relevante para o cotidiano da vida forense trabalhista, elaborado por quem, proveitosamente, acumula dotes escolásticos e a experiência da assessoria em gabinetes do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

Aliás, a discreta erudição e o produtivo devotamento ao seu ofício são traços que situam a Dra. Cristiane entre os mais qualificados profissionais em exercício na 10ª Região da Justiça do Trabalho. A leitura do artigo basta para revelar a inteligência e o talento de sua autora.

Mais uma vez, a Escola Judicial se envaidece com o trabalho dos servidores da casa!

Os nossos agradecimentos à Dra. Cristiane Falco Corrêa de Sá Carneiro.

Brasília, maio de 2005.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Juiz Vice-Coordenador da Escola Judicial
do T.R.T. da 10ª Região
Coordenador Geral do Projeto

O ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DA NOVA LEI CIVIL¹

Cristiane Falco Corrêa de Sá Carneiro²

1. Introdução. 2. Delineamentos: pessoa jurídica - relatividade histórica e social. 3. Crise da pessoa jurídica: desprestígio da limitação da responsabilidade - sucessão trabalhista, grupo econômico e responsabilidade extraordinária do sócio por conduta ilícita. 4. O abuso da personalidade. 4.1. Descrição do fenômeno. 4.2. A polêmica na identificação do fenômeno. 4.3. Critérios da desconsideração à luz da Lei Civil. 4.4. A grande polêmica: o abuso da personalidade e o desaparecimento do patrimônio social. 5. Conclusão: caminhos abertos à reflexão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O presente ensaio tem como objetivo descrever, no âmbito da responsabilidade secundária imposta na execução trabalhista, os pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração de personalidade jurídica, em hipótese de abuso da sociedade empresarial, à luz do Código Civil vigente.

À época do advento do Código de Defesa do Consumidor, que, nominalmente, introduziu a teoria na legislação brasileira, eram raras as fontes jurisprudenciais e escassos os trabalhos doutrinários, voltados, em sua maior parte, à desestimação da sociedade constitutiva de grupo societário. O tema recebeu tratamento na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 2º, § 2º.

A teoria desconsiderante se mostrava tímida e acanhada em sua aplicação, quando se tratava da relação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Até então, era freqüente, mesmo em estudos acadêmicos, o uso impróprio do termo "despersonalização"³. Havia preferência geral

¹ Artigo publicado no Caderno Jurídico Ano 4 V. 4 N. 3 Maio/Junho 2005.

² Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Brasília. Analista judiciário do TRT 10ª Região.

³ A denominação deve ser evitada, pois traduz fenômeno diverso. A despersonalização e a desconsideração têm em comum o pressuposto da personificação. Despersonalização descreve a dissolução da sociedade, que obedece a procedimento próprio (MARTINS, Fran. Curso de direito comercial, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pp. 291-297). A desconsideração, ao contrário, não

da expressão "disregard doctrine" – situação que ainda ocorre, com menor frequência⁴. Nessa segunda hipótese – que constitui o foco de nossa atenção – era comum, a par da impropriedade terminológica mencionada, verem-se decisões carentes de melhor fundamento jurídico e critérios autorizadores da técnica: bastava a simples evocação dos nomes de Rolf Serick e Rubens Requião, associada à argumentação na necessidade de se preservar o crédito trabalhista.

A legislação pátria tem introduzido tipos legais de desconconsideração que se identificam com a má gestão da pessoa jurídica, o que implica a responsabilidade pessoal de seu gestor. Esses dispositivos – desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, que parece ter inaugurado a tendência – têm sido alvo de críticas ferrenhas dos estudiosos mais abalizados da teoria desconsiderante, que não vêem ali hipóteses de desconconsideração, mas, ao contrário, de maior afirmação da autonomia da pessoa jurídica, em relação à pessoa-membro.

O cenário, hoje, por um lado, é de amadurecimento, e, por outro, persiste a perplexidade. O advento de sucessivos diplomas legais, culminando com a nova Lei Civil e o freqüente uso da teoria da desconconsideração pelas cortes brasileiras indicam que o sistema jurídico pátrio, efetivamente, apropriou-se da teoria. A perplexidade reside na descrição da forma pela qual a teoria foi assimilada em nosso meio, no

provoca a dissolução. Ao suspender a eficácia da personalização da sociedade, somente em determinado caso, procura preservar a pessoa jurídica nas demais relações no mundo jurídico. Cf. RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade na desconconsideração da personalidade jurídica". *Revista Forense*. Rio de Janeiro, V. 293. jan./fev./mar. 1986, p.81); COELHO, Paulo Ulhoa. "Arts. 28 a 45". In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 141. A base da teoria da desconconsideração é a relatividade da personalização da pessoa jurídica. Nas palavras de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 283), "subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto". Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 174.

⁴ A expressão desconconsideração da personalidade jurídica aproxima-se da denominação em língua inglesa *disregard of legal entity*, onde também é conhecida como *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil* e *cracking open the corporate shell*. Desestimação da personalidade jurídica é correspondente à versão espanhola *desestimación de la personalidad jurídica*; penetração da personalidade jurídica é versão da língua alemã *durchgriff der juristischen person*; superamento da personalidade jurídica vem do italiano *superamento della personalità giuridica*. Do francês *abus de la notion de personnalité sociale*, utiliza-se a denominação *abuso da personalidade jurídica*. Não há restrição ao uso de quaisquer dessas denominações. Recomenda-se, entretanto, a preferência pela denominação em língua portuguesa – tal como a ela se refere o legislador brasileiro – e o abandono dos termos de língua inglesa, entre aspas, "disregard doctrine" ou outros assemelhados. A desconconsideração é fenômeno universal de que já se apropriou o sistema jurídico pátrio, sendo preferível, por esse motivo, que se empregue denominação específica em língua portuguesa. A expressão "disregard doctrine" tem sido, inclusive, pouco utilizada nos sistemas de língua inglesa, notadamente o americano.

qual há questões controvertidas a merecer maior reflexão. Pergunta-se: os atos de emanção jurídica no sistema brasileiro estariam igualmente equivocados na aplicação da teoria, em relação à sua identificação e hipóteses de incidência?

Procuraremos conduzir nosso pensamento às respostas que nos pareçam mais adequadas, que, antes de fecharem tais questões, procurarão desenvolvê-las em aberto a fim de propiciar a reflexão.

Em sucinta abordagem, a pessoa jurídica será descrita em sua relatividade histórica, em seu momento atual de crise, refletida no desprestígio crescente de sua autonomia, em razão do abuso da forma societária e na busca de critérios para se fazer uso mais adequado da técnica de sua desconsideração para fins de responsabilidade.

2. Delineamentos: pessoa jurídica – relatividade histórica e social.

Três são os aspectos fundamentais que dominam a teoria da personalidade jurídica: a) personalidade própria (*universitas distat a singulis*), b) patrimônio distinto de seus membros (*quod debet universitas non debet singuli e quod debent singuli non debet universitas*) e, conseqüentemente, c) vida própria, distinta da de seus sócios⁵. A noção, aparentemente singela, é resultante de longo processo de evolução.

Os romanos chamavam de *persona*⁶ apenas o indivíduo. A noção de pessoa jurídica era estranha àquele universo, em que pese a existência de associações de interesse público, como *universitates*, *corpora* e *collegia*, e as fundações. Tampouco no antigo direito germânico existia tal conceito: eram as pessoas naturais os verdadeiros sujeitos dos direitos de uma coletividade. “O reconhecimento da existência jurídica de um grupo de pessoas é conquista de doutrina posterior, sobretudo da canônica, inspirada pela idéia de Igreja universal”⁷. Sob influência do direito canônico, na Idade Média, surgiram as fundações, designadas *corpus mysticum*, que, providas de patrimônio exclusivo,

⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 108.

⁶ O vocábulo *pessoa* tem origem em *persona*, que significa, no teatro romano, a máscara que fazia ecoar a voz da pessoa por ela ocultada. Em um segundo momento, a palavra passou a indicar o papel desempenhado pelo ator e, mais tarde, completando-se o ciclo evolutivo, designava o próprio homem que desempenhava o papel, ou seja, a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Nesse sentido é empregado hodiernamente. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, p. 58.

⁷ CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 70.

eram consideradas entes autônomos⁸. O período medieval, efetivamente, viu nascer a noção de pessoa jurídica tal qual é conhecida em nossos dias, como resposta à necessidade de se conferir certa garantia jurídica ao comércio das corporações: "havia já problemas de responsabilidade que o indivíduo sozinho não suportava e a mera solidariedade não resolvia"⁹.

O conceito mais consistente de personalidade jurídica, tal como concebida no direito atual, formou-se a partir de Savigny, no século XIX,¹⁰ como uma abstração: o ser a que se atribuem direitos e obrigações, equivalente a sujeito de direito¹¹.

A semelhança do direito antigo, ainda existem, no direito comparado, entidades a que se pode, ou não, atribuir personalidade jurídica¹². O sistema *dualista* somente admite a existência de entes dotados de personalidade jurídica. Exemplos de entes despersonalizados são as *partnerships*, no direito inglês. Outros exemplos se encontram no direito italiano e no direito alemão. Neste, o dualismo é mais evidente: existe a sociedade, como entidade, que não possui, e a associação, que possui personalidade jurídica. A consequência desse sistema está em que, em relação às entidades despersonalizadas, não há qualquer limitação da responsabilidade: os sócios respondem diretamente pelas obrigações assumidas em nome da entidade¹³.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, p. 102.

⁸ Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 1994, pp. 156-157.

¹⁰ Importante legado do Código Civil de 1916, em seu artigo 20, consiste no postulado de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Cf. ROMITA, Arion Sayão. "Responsabilidade trabalhista de sócios e/ou gestores de sociedades de responsabilidade limitada". Revista de Direito. Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara. v. 9. 1969, pp. 56-77 e v. 10. 1970, pp. 102-110.

¹¹ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. Código civil comentado. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1929, p. 164; BATALHA, Wilson de Souza Campos. "Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista - responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra sociedade". Revista LTr. São Paulo. v. 58, n. 11., nov. 1994. p.1295. Para uma maior explicitação deste ponto, Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra, Arménio Amado, 1976, p. 244.

¹² As teorias que procuram justificar a vida das pessoas jurídicas podem ser reunidas em dois grandes grupos: a) a teoria da ficção, que as considera como criação artificial da lei, e b) a teoria realista, que as reconhece como uma realidade a que a lei apenas traça normas de funcionamento. A teoria da desconsideração se harmoniza com ambas as teorias. Para maior aprofundamento, v. SERICK, Rolf. Forma e realidade della persona giuridica. Milano: Giuffrè, 1966, p. 3; REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", *op.cit.*, pp. 14-15; LARENZ, Karl. Allgemeiner teil des deutsschen bürgerlichen rechts, p. 105; BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. Rio de Janeiro, 1954, p. 298; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. "Personalidade jurídica da sociedade irregular". Revista Jurídica. Porto Alegre, v. 76, 1967, p. 20; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 230.

¹³ Cf. MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. *op. cit.*, p. 207-208; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 36-41.

O sistema *monista*, por sua vez, admite a existência tanto de entes personalizados, como despersonalizados, bastando o registro no órgão competente. Nele prevalece o princípio da autonomia da entidade em relação a seus componentes, que tem como consequência a incomunicabilidade de seus patrimônios. Exemplo de sistema monista é o direto brasileiro, sendo essa também a regra geral nos países latinos¹⁴.

Há, ainda, sistemas denominados *maximalistas* – como o alemão e italiano, em que se nega personalidade a entidades onde falta rigorosa separação entre sócio e sociedade: esta não seria pessoa jurídica, mas comunhão de seres humanos. Em outros sistemas, chamados *minimalistas*, não há exigência tão rigorosa. O direito brasileiro, por exemplo, reconhece a personalidade de uma entidade, ainda que nela não haja rígida separação entre ela e seus sócios.

O panorama histórico permite-nos concluir que a personificação, que obedece a critérios que não são absolutos, resultou de longa evolução, sempre desempenhando relevante papel na civilização ocidental¹⁵. O instituto da personalidade jurídica está condicionado à realidade histórico-social em que o direito está inserido¹⁶. O direito, nessa concepção, pode ser compreendido como fato social que se diferencia tanto em sua evolução histórica, como na diversidade com que se apresenta nos povos contemporâneos¹⁷, diferenciação que acompanha os institutos jurídicos que o compõem, como o da pessoa jurídica¹⁸. O breve panorama traçado nos impele a tecer indagações sobre a função da pessoa jurídica nos dias que correm.

3. Crise da pessoa jurídica: desprestígio da limitação da responsabilidade - sucessão trabalhista, grupo econômico e responsabilidade extraordinária do sócio por conduta ilícita.

¹⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. op. cit., p. 40.

¹⁵ Nas palavras de Arion Saião Romita, “a personalidade jurídica, como instrumento, tem valor neutro: nem é boa, nem é má, em si; depende do uso que dela se fizer; poderá servir a bom ou mau uso”. Cf. ROMITA, Arion Sayão. “Responsabilidade solidária dos sócios ou administradores pelas dívidas trabalhistas da sociedade”. In *Direito do trabalho – temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, p. 162).

¹⁶ v. SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 25.

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 62-63.

¹⁸ Cf. JUSTEN Filho, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 36; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 287; OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica (disregard doctrine) e o grupo de empresas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 4-7.

No amplo espectro dos fenômenos jurídicos, focalizaremos a pessoa jurídica, tomando como paradigma a sociedade limitada¹⁹ como sujeito passivo do processo de execução trabalhista. Nesta pequena parcela de um universo, é curioso observar que a linha que separa a responsabilidade da sociedade, como sujeito de direitos e obrigações – *societas distat a sigulis* – tem-se mostrado tênue, elástica, sendo, por algumas vezes, até desconsiderada, para fazer face às necessidades sociais em constante mutação.

Alição clássica que nos foi legada situa a responsabilidade patrimonial²⁰, em linhas gerais, como consistente na sujeição do patrimônio do devedor à ação executória²¹, onde se destacam as responsabilidades *primária* e *secundária*. A primeira designa situação em que a pessoa é a um só tempo obrigada e responsável. Regra geral e exemplo típico é o devedor, que tem seu nome no título executivo. Além do devedor, estão aqueles que, apesar de não nominados no título²², são também obrigados, de vez que recebem, juntamente com o devedor, a denominação legal de sujeitos passivos à execução²³.

A sociedade limitada – anteriormente denominada “sociedade por quotas de responsabilidade limitada” – é criação do direito alemão, no final do século XIX, surgida da necessidade de atender aos interesses de pequenos e médios empreendedores. No Brasil, consagrou-se no Decreto 3.708 de 1919, que está, hoje, revogado pela nova Lei Civil. Segundo dados do IBGE, é a forma societária mais empregada no Brasil, adotada pelas microempresas e empresas de pequeno porte. No ano 2000 existiam cerca de 4,1 milhões de empresas no Brasil, respondendo essas empresas por cerca de 98% desse total. Cf. <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/spd/proacao/mcemprequeno/micemprequeno.php>. Acesso em 19-8-2004.

²⁰ O estudo da responsabilidade patrimonial tem como premissa a diferenciação entre os conceitos de obrigação e responsabilidade, no que diz respeito às relações entre o direito material e o processual. A doutrina alemã encontrou na diferenciação entre *schuld* e *haftung* fundamento para a diferença entre obrigação e responsabilidade. Cf. LIEBMAN, Enrico Tulio. Processo de execução, São Paulo, Saraiva, 1946, p. 62; MACHADO, Sylvio Marcondes, Limitação da responsabilidade do comerciante individual, São Paulo, 1956, p. 251; BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações, Op. Cit., p. 14. Para estudar as construções doutrinárias que deram origem ao tema, consultar, entre os autores alemães, BRINZ (*Der begriff obligatio*, 1874), que aborda a relação obrigacional romana, e AMIRA (*Nordgermanisches obligationenrecht*, 1882); entre os italianos, ROCCO (*Fallimento*, 1917), BETTI (*Concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1919) e CARNELUTTI (*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* In: *Studi di diritto processual in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, p. 49).

²¹ O campo da responsabilidade, segundo Cândido Rangel Dinamarco, constitui um dos “pontos de estrangulamento”, entre o direito material e o direito processual. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 5ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 182/183 e 189.

²² Cf. ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 315-316; THEODORO Jr, Humberto. Processo de execução. São Paulo, LEUD, 1993, p. 148.

²³ Os responsáveis primários estão no art. 568 do Código de Processo Civil.

A lei processual civil brasileira prevê, ainda, situação em que, de forma secundária ou subsidiária, venham responder aqueles que não são conjuntamente obrigados e responsáveis, mas somente responsáveis²⁴. A responsabilidade, na segunda hipótese, tem residência no direito material, respeitadas as peculiaridades de cada ramo do direito pátrio.

No caso da relação societária, partindo-se do pressuposto da higidez nas relações jurídicas em cujo pólo estiver a sociedade, uma vez integralizado o capital social, o postulado da autonomia patrimonial preconiza que todas as obrigações assumidas terão garantia no patrimônio societário, não alcançando o dos sócios²⁵. Significa dizer que a sociedade, como responsável primária, é a um só tempo obrigada e responsável pelos compromissos assumidos. Em relação aos sócios, a atribuição de responsabilidade depende de previsão legal expressa²⁶, nos casos em que o patrimônio social não for capaz de suportar a execução. A sujeição do patrimônio do sócio no processo de execução independe de prévia condenação²⁷, cabendo-lhe, por outro lado, o denominado benefício de ordem, que lhe permite sejam primeiro executados os bens da sociedade²⁸ e o manejo de incidente de cognição a fim de lhe ser assegurado o devido processo legal.

Podemos delinear pelo menos três situações de responsabilidade secundária, no campo processual, cuja residência é encontrada no direito material: a sucessão trabalhista, o grupo econômico e a imputação de responsabilidade por condutas ilícitas.

²⁴ Na classificação de Theodoro Jr., que segue o posicionamento de Liebman, os responsáveis secundários estão todos, sem exceção, no art. 592 do CPC (THEODORO Jr., Humberto. Processo de execução. Op. Cit., pp. 150-151). Em sentido contrário, pondera Araken de Assis que estão excluídos das hipóteses de responsabilidade secundária os incisos III e V, pois estes evidenciariam casos especiais de responsabilidade primária (ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. Op. cit., pp. 314-315).

²⁵ v. art. 1.052 do Código Civil Brasileiro.

²⁶ arts. 592, II, e 596 do Código de Processo Civil.

²⁷ Escreve Pontes de Miranda que "Sem o art. 592, II, ter-se-ia de primeiro propor a ação de condenação contra o sócio, depois de se requerer ação contra a sociedade devedor, ou cumulada com essa. A atuação da regra jurídica é a criação de pretensão à execução nos bens pessoais do sócio, sem necessidade de tal ação prévia" (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 443).

²⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Op. cit., p. 443 e ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. Op. cit., p. 316.

A sucessão trabalhista, prevista nos arts. 10 e 448 da CLT²⁹, é resultante de alteração subjetiva na relação de emprego, relativa especificamente ao pólo ocupado pelo empregador³⁰. O fenômeno abrange duas hipóteses: alteração na estrutura societária e mudança na propriedade. A primeira compreende modificações estruturais internas – transformação, incorporação, fusão e cisão – nos tipos societários³¹. A segunda está afeta àqueles que detêm o capital social, no que tange às quotas integralizadas³².

O fenômeno da sucessão tem em seu núcleo a concepção objetiva de empregador, em que este se identifica com a empresa - a atividade por meio da qual a pessoa física ou natural persegue interesses. A concepção é extraída do art. 2º, *caput*, da CLT³³, em que o empregador, como mera imputação da norma jurídica³⁴, despersonaliza-se. Empresa tanto representa aquela que originalmente estabeleceu relação de trabalho, como a que resultou de transformação estrutural ou de alteração das pessoas-membro que a integram.

Esse é, em linhas gerais, o arcabouço etiológico da sucessão trabalhista, que, como se vê, permite o elastecimento da responsabilidade, inclusive estando em curso o processo de execução. O fenômeno da despersonalização física do empregador e o princípio da continuidade da relação de emprego colocam o sucessor na condição de obrigado e responsável pelo crédito trabalhista. Ainda, o princípio protetor impede que seja considerada qualquer cláusula contratual dispondo em sentido contrário³⁵. Eis aí o forte fundamento para que o sucessor, no processo

²⁹ Cf. art. 10: "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados" e art. 448: "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".

³⁰ TEIXEIRA Filho, Manuel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 109.

³¹ v. arts. 220-229 da Lei das S.A. (6.404/76) e arts. 1.113-1.122 do Código Civil.

³² MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 150.

³³ "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."

³⁴ Cf. MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de direito do trabalho*, 14ª ed. v.1.. São Paulo: LTr, 1993, pp. 285-291; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. 3ª tiragem revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 1993, p. 83; GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson, *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Farense, 1991, p. 106; MAGANO, Otávio Bueno, *Direito do Trabalho*, p. 12; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 13ª ed. Revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1997 pp. 425-426; SAMPAIO, Aluysio. "Solidariedade de grupo. Alteração na estrutura jurídica da empresa". *Revista de direito do trabalho*, n. 23. jan./fev. 1980, p.11.

³⁵ TEIXEIRA Filho, Manuel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. Op. cit., p. 110.

executório, não faça uso de embargos de terceiro, mas de embargos à execução, sendo este último, em nossa concepção, o remédio mais apropriado³⁶.

O grupo econômico está no exemplo clássico e mais antigo na legislação brasileira de desconsideração em sociedades agrupadas, sob critério objetivo: o art. 2º, § 2º, da CLT³⁷. O preceito define os efeitos da existência do grupo na esfera do direito do trabalho, para fins de atribuição de responsabilidade³⁸. A desconsideração em sociedades agrupadas, assim como a sucessão, tem em seu núcleo a concepção objetiva de empregador, extraída do *caput* do dispositivo citado. O pressuposto objetivo reside na determinação do grupo societário, no caso concreto, situação que permitirá a atribuição de responsabilidade solidária às sociedades que o integram³⁹.

³⁶ "EMBARGOS DE TERCEIRO. EXCLUSÃO DE BENS PARTICULARES. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM DO SÓCIO. Não se afigura ilegal a inclusão de sócio da empresa executada no pólo passivo da lide executiva. Devidamente inserido e regularmente citado no processo executivo o sócio da empresa executada, incabível o manejo de embargos de terceiro que visem livrar da constrição judicial seu patrimônio particular. Eventuais irregularidades ou vícios – como excesso de execução e ausência de citação e intimação ou mesmo inexistência de dilação fundamentada acerca da inclusão do sócio no pólo passivo da execução, deve ser questionados no feito em que ocorrerem isto é, nos próprios autos principais, nos quais se processa a execução" (TRT/10ª Região, 01149-2003-001-10-00-9 - AP, Rel. juiz Douglas Alencar Rodrigues, DJ de 19-3-2004).

³⁷ "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." É unânime o entendimento de que o art. 2º, § 2º, da CLT consagra, na legislação brasileira, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica em agrupamento societário, como posição de vanguarda, tanto no direito brasileiro, como no cenário internacional. Cf. CASILLO, João. "Desconsideração da personalidade jurídica". *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 528, outubro 1979, p. 36; RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade jurídica". *Op. cit.* p. 81; REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Op. cit.* p. 12; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. *Op. cit.*, p. 581.

³⁸ Na definição de Octavio Bueno Magano, o grupo econômico, ou grupo de sociedade, ou, ainda, grupo de empresas, é o "conjunto de várias empresas ou sociedades juridicamente independentes, mas economicamente unidas (MAGANO, Octavio Bueno. "A solidariedade no Direito do Trabalho: intermediação, empreitada, sucessão e grupo de empresas". *Revista LTr*. v. 48. n. 3. mar. 1984. São Paulo, p. 284). Cf. MARANHÃO, Délio. "Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa". *Revista LTr*. São Paulo. v. 48. n. 3. mar. 1984, pp. 277/285. Para maiores detalhes sobre as formas em que se classifica o grupo econômico no Direito Comercial, v. SOBRINHO, Genésio Vivanco Solano. "A empresa moderna e o fenômeno concentracionista no direito do trabalho". *Revista de Direito do Trabalho*. n. 23. jan./fev. 1980. pp. 25-26.

³⁹ "GRUPO ECONÔMICO (CLT, art. 2º, § 2º). CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Desnecessária a caracterização de grupo econômico a existência de empresa-mãe, quando se busca desvendar o empregador único. Está a doutrina a evoluir no sentido de que já a coordenação de empresas basta a tal configuração. A distinção de personalidades jurídicas é elemento que integra o instituto concebido pelo art. 2º, § 2º, da CLT, vendo-se presente o grupo econômico, quando a comunhão de sócios e a identidade de objetivos sociais faz potencial a interferência de uma empresa nos destinos da outra, aí incluída a gestão dos contratos individuais de trabalho que esta titulariza. A incidência da Lei ao caso concreto autoriza a condenação solidária das empresas reclamadas" (TST-RR- 412.885/97.5, Ac. 2ª Turma, Relator Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira).

Permite-se, assim, levantar-se o véu da estrutura formal societária e, em consequência, todas as entidades componentes do grupo são convertidas em devedoras comuns dos créditos resultantes da relação de emprego⁴⁰.

Tratamento dos fenômenos como sinônimos é encontrado na obra de Carlos Henrique Bezerra Leite e em julgados esparsos, como se tivessem residência legal comum nos arts. 2º, 10 e 448 da CLT⁴¹. Não compartilhamos inteiramente desse entendimento. A coloração é assemelhada, conforme ressalta Cláudio Armando Couce de Menezes⁴². Ambos os fenômenos, tanto a sucessão trabalhista, como a desconsideração em sociedades agrupadas, têm profunda repercussão no processo, no que se refere à sua instrumentalidade e efetividade⁴³, permitindo que a execução alcance, no primeiro caso, a sociedade sucessora e, no segundo, qualquer sociedade do grupo, ainda que não nominada no título judicial.⁴⁴

Outro ponto de afinidade, talvez o principal, esteja na concepção objetiva de empregador, que, como vimos, constitui o

⁴⁰ A exegese do preceito é ampliativa, envolvendo tanto a concentração vertical, em relação de subordinação, como a horizontal, em coordenação.

⁴¹ “A despersonalização do empregador, ou desconsideração da personalidade jurídica do empregador, constitui, a rigor, princípio do direito material trabalhista. Além disso, o princípio é encontrado em outros ramos, como o direito comercial, o Direito Tributário. No direito das relações de consumo ele está consagrado explicitamente, nos termos do art. 28 do CDC (...). Cumpre esclarecer, por oportuno, que o princípio da desconsideração do empregador (CLT, arts. 2º, 10 e 448) serviu de base para o CDC, que, a nosso ver, pode ser aplicado analogicamente ao direito material e processual do trabalho, com sucedâneo no art. 8º. Parágrafo único, da CLT, e, sobretudo, no princípio da finalidade social do processo laboral” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 73). Interessante julgado do Tribunal Superior do Trabalho (RR 572516/99, Acórdão da 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 9-11-2001) também traz conexão entre os arts. 10 e 448 da CLT e a teoria da desconsideração.

⁴² MENEZES, Cláudio Armando Couce de. “Legitimidade ad causam na execução trabalhista”. Decisório Trabalhista. Curitiba, 106: 9-33, maio 2003, p. 32.

⁴³ Aqui, fundamental é observar que o processo é instrumento, não apenas a serviço dos interesses das partes, devendo ser compreendido como instrumento a serviço da jurisdição, poder do Estado, função pública exercida para a satisfação do interesse de uma coletividade, no qual “se compreendem e absorvem os interesses individuais.” Cf. LIEBMAN, nota à 2ª edição das Instituições de Direito Processual Civil de CHIOVENDA. Ensina Luiz Guilherme Marinoni que essa nova face do processo é decorrente da transformação que se vem operando entre o Estado e os indivíduos, como a crescente influência do poder público na sociedade. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 249-250; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Op. cit.

⁴⁴ A solidariedade ali presente é econômica e não processual. A única sociedade do grupo que tem presença relevante na relação processual cognitiva é a empregadora (aparente), com a qual se contratou e para a qual serviços foram prestados. A presença das demais sociedades no processo de cognição seria ociosa, pois estaria limitada à arguição de ilegitimidade passiva ad causam. Somente o processo de execução é que justifica a participação dos demais componentes do grupo, quando se verificar a ausência de patrimônio da sociedade contratante.

fundamento comum a ambos, onde se exteriorizam, em última análise, os princípios da proteção e da finalidade social, peculiares à relação de emprego, atualmente extensivos a outras relações jurídicas, como a de consumo.

Contudo, traços de diferenciação se encontram, basicamente, na tipicidade de cada qual. A sucessão se revela na alteração estrutural do tipo societário ou na mudança de propriedade do empreendimento. Em se tratando do grupo empresarial, entretanto, não ocorre qualquer alteração nas relações societárias, de vez que as sociedades componentes do grupo permanecem com sua personalidade jurídica original. O fato típico, na segunda hipótese, ocorre ante a evidência de abuso da personalidade jurídica, em fraude às relações de trabalho, como, por exemplo, o empregado que, embora contratado por uma das sociedades, labora para outra componente do mesmo grupo. Nesse caso, vale repetir, não ocorre qualquer alteração estrutural materialmente evidente; antes, a norma legal autoriza que se levante, episodicamente, o véu da estrutura formal, a fim de se coibir conduta contrária ao direito.

A técnica da desconsideração tem como pressuposto a preservação da estrutura formal societária, elemento a um só tempo revelador do aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e inibidor de que o fenômeno desconsiderante seja identificado com a sucessão trabalhista, que pressupõe, justamente, alteração na estrutura formal ou mudança na propriedade.

Como se vê, ainda que os fenômenos decorram do mesmo fundamento jurídico e produzam iguais efeitos, existem diferenciações, ainda que sutis, mas por demais relevantes de modo a propiciar a melhor aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

Não divisamos, em princípio, na sucessão trabalhista, necessidade de superamento da estrutura formal, quando os efeitos do fenômeno são colhidos justamente em decorrência da alteração da estrutura original. Contudo, não se pode descartar a possibilidade de nos depararmos com casos controvertidos, em razão da complexidade com que se apresentam as relações societárias, como, exemplificativamente, as implicações jurídicas do grupo econômico, em alteração parcial ou total de sua estrutura original.

Na verdade, ainda que instigante, o tema ainda é carente de estudos mais aprofundados.

De qualquer sorte, o princípio constitucional da legalidade, que congrega o postulado da fundamentação das decisões judiciais

(arts. 5º, II, e 93, IX, da Constituição Federal) preconiza que a imputação de responsabilidade deverá emergir de previsão legal a ser buscada no ordenamento jurídico, de acordo com as peculiares de cada caso concreto, de forma a preservar a segurança das relações jurídicas que envolvam atribuição de responsabilidade ilimitada e solidária⁴⁵.

Como terceira hipótese em que se recorre, no processo, à responsabilidade secundária, a *responsabilidade extraordinária* é aquela que a norma substantiva atribui aos sócios por excesso de mandato, por atos contrários à lei, ou aos estatutos, sejam dolosos, sejam culposos. Por esses atos aqueles respondem, solidária e ilimitadamente, em relação à sociedade e a terceiros.

A adjetivação *extraordinária* é assim consagrada em razão da ilicitude dos atos praticados que, por esse motivo, excede a responsabilidade limitada ordinariamente reconhecida à pessoa-membro, em face da autonomia da sociedade. O art. 10 do decreto 3.708/19 foi sua residência mais antiga⁴⁶, hoje revogada pelo art.

Cf. exemplo de responsabilidade decorrente de cisão parcial, hipótese não prevista nos arts. 10 e 448 da CLT, mas na Lei das S.A.: "SEG – SERVIÇOS ESPECIAIS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES S.A. E PROFORTE S.A. – TRANSPORTE DE VALORES – CISÃO DE EMPRESAS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS (LEI Nº 6.404/76). I – É incontroverso que a hipótese é de cisão parcial de empresas, regulamentada pela Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76). II – O Regional registra que da cisão da SEG – Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S.A., ocorrida em 11.5.94, originaram-se várias empresas, entre as quais a PROFORTE S.A. – Transporte de Valores, que absorveu parte de seu patrimônio. III – Nessa circunstância, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas resolve-se pela aplicação subsidiária da Lei nº 6.404/76, consoante autoriza o art. 769 da CLT, tendo em vista a inexistência de lei específica no Direito do Trabalho regulamentando a questão. IV- O caput do art. 233 da Lei nº 6.404/76 é expresso ao prever que : (...) "A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão". Já o parágrafo único estabelece uma única exceção à regra do caput, quando determina: "O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão". V – A e. Turma enfatiza que não ficou comprovado nem mesmo foi alegado que, no ato de cisão, houve estipulação em sentido contrário à determinação legal, conforme autoriza o parágrafo único do art. 233 da Lei nº 6.404/76. Logo, inexistindo, no ato de cisão, eventual limitação de direitos e obrigações de cada uma das empresas criadas para dar continuidade ao empreendimento em relação aos débitos anteriores à cisão, haja vista formarem na origem um único patrimônio, mantém-se intacta a responsabilidade solidária entre as empresas resultantes do desmembramento e a companhia cindida, nos termos da legislação específica. Recurso de embargos não conhecido (TST ERR 496597/98, SBDI -1, Relator Ministro Milton de Moura França, DJ de 29-8-2003).

⁴⁶ O dispositivo permitia a responsabilização solidária e ilimitada nas seguintes hipóteses: i - excesso de mandato e ii - atos praticados com violação do contrato ou da lei.

1.080 do Código Civil⁴⁷. Outro exemplo está no art. 135, III, do Código Tributário Nacional⁴⁸.

É curioso observar os arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), 18 da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)⁴⁹ e 4º da Lei do Meio Ambiente (Lei 9.605/98). Todos esses preceitos, nascidos no decorrer da última década do século passado, contêm as mesmas hipóteses de incidência – abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou contrato social, fato ou ato ilícito e má administração. O problema é que, a partir do CDC, ao longo daquela década, os demais dispositivos foram sendo, paulatinamente, introduzidos em ramos jurídicos diferenciados, e as hipóteses neles destacadas são todas neles descritas como configuradoras da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Pergunta-se: onde estaria, efetivamente, hipótese de desconsideração que se pudesse extremar da responsabilidade por atos ilícitos? A resposta talvez possa ser encontrada na melhor compreensão do fenômeno desconsiderante, a ser tratado a seguir.

4. O abuso da pessoa jurídica.

4.1. Descrição do fenômeno.

A pessoa jurídica é criada com determinada estrutura formal, visando a atingir determinados fins, entre os quais se destacam os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada como um dos pilares do Estado brasileiro⁵⁰. A partir de sua personalização, adquire vida própria e patrimônio distinto de seus componentes, patrimônio esse necessário para garantir os direitos e suportar as obrigações assumidas. Tal autonomia, contudo, não é absoluta, mesmo porque os sócios, que deram à pessoa jurídica existência reconhecida pelo Estado, não estão

⁴⁷ “As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.”

⁴⁸ Esse preceito atribui responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias, resultante de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

⁴⁹ Eis a redação de ambos os dispositivos: “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.”

⁵⁰ v. arts. 1º, inciso IV, e 170, caput, da Constituição Federal.

impedidos de fazer uso indevido do instituto, contrariamente à finalidade com que foi criado⁵¹.

Esse é o cenário que descreve, em linhas gerais, a ocorrência da desconsideração, fenômeno que ocorre em todos os casos em que, a fim de decidir um problema jurídico, abandona-se, no caso concreto, o princípio da personalização societária, como se tal distinção não existisse⁵².

O fenômeno, portanto, pressupõe a personalização da sociedade, com limitação da responsabilidade dos sócios, podendo-se operar tanto interna - na relação entre a sociedade e seus sócios - como externamente, na existência de grupos econômicos, agrupamentos de sociedades juridicamente enlaçadas⁵³. A desconsideração ocorre, em primeiro momento, verificando-se a estrutura formal da personificação e, no segundo, penetrando-se nessa estrutura, com a finalidade de impedir que o respeito à forma da sociedade conduza a "soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico" ⁵⁴.

Como exceção, o uso da técnica da superação é limitado, não devendo ser utilizada em caso de dúvida, porque sua adoção representaria ameaça ao sistema⁵⁵.

O problema do abuso do instituto foi examinado por Rubens Requião (Cf. REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". Op. Cit., pp. 12-13), na hipótese da relação interna entre a sociedade e seus sócios: "Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, (...), seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores. Tal indagação criou em nosso espírito um problema de consciência: se por um lado propendíamos para a solução ética, repugnando-nos que o instituto da personalidade jurídica fosse usado para fins tão condenáveis, por outro lado estávamos condicionados pela lição corrente, de que o direito da personalidade jurídica é absoluto, não se podendo superar a distinção entre ela e seus componentes, nem negar a sua autonomia patrimonial.

⁵² SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, Op. Cit., p. 3.

⁵³ RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica". Op. cit., p.79.

⁵⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, Op. Cit., p. 86.

⁵⁵ Há o entendimento de que, além de exceção, o fenômeno há de ser compreendido como aperfeiçoamento necessário, uma evolução do instituto da personalidade jurídica. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44): "Como a autonomia patrimonial, em relação principalmente às sociedades mercantis, representa importante instrumento na economia fundada na livre iniciativa, sentia-se a necessidade da definição de critérios pelos quais fosse possível a coibição da fraude sem o comprometimento do princípio da autonomia. Esses critérios se encontram hoje sistematizados na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma contribuição doutrinária

Nascida no século XIX, como criação dos tribunais no sistema de *common law*⁵⁶, as primeiras linhas doutrinárias de maior relevo somente vieram à luz na pena de Maurice Wormser, a partir de 1912, nos Estados Unidos da América. O célebre estudioso americano procurou descrever a natureza da pessoa jurídica em sua finalidade, apresentando, por meio de exemplos, hipóteses que autorizassem sua desconsideração, então intitulada *disregard of the corporate fiction*, no casuísmo das cortes norte-americanas⁵⁷.

Na Alemanha, em meados do século XX, Rolf Serick, inspirado nos escritos de Wormser, apresentou tese à consideração da Universidade de Tübingen, considerada obra pioneira e fundamental na matéria⁵⁸, em razão de sua grande repercussão. O mérito de Serick foi o de apoderar-se da vivência do fenômeno no *common law*, e de procurar descrevê-lo, buscando critérios de aplicação no sistema romano-germânico⁵⁹.

O processo de evolução tem propiciado visão razoavelmente uniforme sobre a matéria, de forma a superar a limitação de sistemas jurídicos⁶⁰. Como veremos oportunamente, o estudo comparado do sistema romanístico brasileiro e de *common law* norte-americano, no que

ao aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica."

⁵⁶ Famosos são os casos inglês *Salomon v. Salomon & Co.*, julgado em 1887, e americano *Bank of United States v. Deveraux*, julgado, em 1809, pelo Juiz Marshal, ainda que não se possa apontá-los como *leading case*. Cf. SILVA, Alexandre Couto, Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Op. Cit., pp. 32-33).

⁵⁷ As obras de Wormser (*Piercing the veil of corporate entity*, *Columbia Law Review*, v. 12, pp. 496-518, 1912; *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, New York, Baker, Voorhis and Company, 1929, p. 201) são relatadas com propriedade por Alexandre Silva, cuja obra é indicada para um estudo mais aprofundado sobre a contribuição doutrinária norte-americana. Para aprofundamento da desconsideração no direito norte-americano, v.: Stephen B. Presser, *Piercing the corporate veil*. New York: CBC Clark Boardman Callaghan, 1995; David H. Barber *Piercing the corporate veil*, *Willamette Law Review*, Georgia, v. 17, n. 2, Spring, 1981; Robert W. Hamilton, *The law of corporations; in a nut shell*. 3. ed. St. Paul: West, 1991; Lynn Gallagher, Peter Ziegler, *Lifting the corporate veil in the pursuit of justice*, *The journal of Business Law*, London, July, 1990; John R. Alexander, *Laws of corporations*, 3. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1991.

⁵⁸ No original alemão o título é *Rechtsform und Realität juristischer Personen - Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände inter der juristischen Person*.

⁵⁹ A menor afinidade com aquele sistema dificultou que se fizesse sentir o impacto da jurisprudência e doutrina norte-americanas na produção legal e doutrinária brasileira, mais influenciada pelo direito alemão e italiano. Entre as obras pioneiras sobre o tema, Cf. VERRUCOLI, Piero. Il superamento della personalità giuridica delle società di capital nella common law e nella civil law. Milano: Giuffrè, 1964; no Brasil, REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", op. cit) e, no Direito do Trabalho, ROMITA, Arion. "Responsabilidade trabalhista de sócios e/ou gestores de sociedades de responsabilidade limitada". Op.cit.

⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". Op. cit., p. 13; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. Op. cit., p. 65.

se refere ao abuso da personalidade, nos revela interessantes pontos de identidade.

Especialmente no campo do direito material do trabalho, o fenômeno suscita questões de grande interesse - como, por exemplo, a relação da desconsideração com a despersonalização do empregador⁶¹ - que, como já anotamos, permanecem sem melhor tratamento.

4.2. A polêmica na identificação do fenômeno.

Delineados os contornos do fenômeno, o segundo passo identificá-lo. Tratando-se de sociedades agrupadas, como vimos, a técnica desconsiderante está na Consolidação das Leis do Trabalho, não suscitando, assim, maiores controvérsias, de vez que não há necessidade de empréstimo à legislação de subsidiária aplicação. O problema a ser enfrentado está na desconsideração da sociedade, em sua composição nuclear: em que preceito legal estariam as hipóteses identificadoras do fenômeno com maior margem de segurança? Há dispositivos no ordenamento pátrio que convergem para sinalizar a equivalência entre a responsabilidade extraordinária do sócio e a doutrina da desconsideração. Pode-se afirmar que são, realmente, institutos equivalentes ou diversos? Se são diversos, sob quais aspectos apresentariam diferenciação? Ou, ainda, seria a responsabilidade extraordinária espécie de responsabilidade inserida na doutrina da desconsideração?

É curioso notar que a tendência predominante, inaugurada pela maioria dos estudos pioneiros no Código de Defesa do Consumidor, é no sentido de ignorar a polêmica⁶², situação ainda presente em

⁶¹ A despersonalização do empregador é resultado de construção legal e doutrinária peculiar ao Direito do Trabalho, que tem origem no direito comparado. Coloca-se em antinomia com a personalidade exigida ao empregado, no contrato de trabalho. Por meio desse fenômeno, a relação jurídica trabalhista tem, no pólo ocupado pelo empregador, a empresa, com o objetivo de proteger o empregado em face da complexidade com que se apresenta a organização societária na economia moderna. Para uma maior explicitação do assunto Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. Op. cit., pp. 64-65; GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. Op. Cit., pp. 115-115; MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa de. Direito do trabalho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 83. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. Op. Cit. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 426; TEIXEIRA Filho, Manuel Antônio. Execução no processo do trabalho. Op. Cit., p. 108.

⁶² Eduardo Gabriel Saad focaliza seu estudo no abuso de direito, entendido como desvio da finalidade social do Direito. Pondera que, antes do advento do Código do Consumidor, a jurisprudência já procedia à exegese ampliativa do art. 10 do Decreto 3.708/19. Mesmo posicionamento é seguido por Tupinambá Nascimento, com referência ao art. 135 do Código Tributário Nacional, e Batista de Almeida, que relaciona a desconsideração à responsabilidade civil. Cf. SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr, 1991, p.

trabalhos recentes⁶³. Posição mais extremada é adotada pelos estudiosos da desconsideração da personalidade jurídica – os únicos a lançar a polêmica. O art. 28 do CDC é duramente criticado por inaugurar a tendência de identificar a desestimação em hipóteses por demais abrangentes de forma a nela enquadrar outros institutos jurídicos como se a ela fossem equivalentes. Salvo a hipótese de abuso de direito, o dispositivo mencionado e os demais que se lhe seguiram, quando fazem referência a excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, fato ou ato ilícito e má administração, estariam reconhecendo a personalidade societária, não havendo desconsideração e sim aplicação normal do princípio da personalização⁶⁴.

Há, ainda, um terceira vertente, à qual nos filiamos, que reconhece a polêmica, mas considera que, no Brasil, o fenômeno se apresenta com características próprias, de forma que todas as hipóteses do art. 28 do CDC configurariam o abuso da personalidade societária, sem exceção⁶⁵.

A situação convida a maiores reflexões - inclusive considerando a edição do Código Civil de 2002 - sobre questões ainda em aberto a serem amadurecidas.

É inegável que, no ordenamento jurídico brasileiro, até o advento do novo Código Civil, as hipóteses legais autorizadas da desconsideração se identificam, em sua maioria, às de responsabilidade civil por ato ilícito⁶⁶. Não se tem notícia de estudos especificamente

205; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, Comentários ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991, pp. 84-85; ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77.

⁶³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 2ª.ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 648.

⁶⁴ Nas palavras de Ulhoa Coelho, não há “desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, ou por qualquer outra modalidade de ato ilícito”. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. “Arts. 28 a 45”, in OLIVEIRA, Juarez de. (Coord.). Comentários ao código de proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 142-143; No mesmo sentido, KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (diregard doctrine) e os grupos de empresas. Op. cit., p. 191.

⁶⁵ Para Flávia Guimarães, a norma do art. 28 do CDC “veio redefinir o que antes foi teoria, passando a desconsideração da personalidade jurídica a ganhar contornos próprios no Brasil, sempre que se tratar de relações de consumo”. Cf. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor aspectos processuais. Max Limonad, 1998, pp. 50 e 51.

⁶⁶ São estas as hipóteses: a) abuso de direito, b) excesso de poder, c) infração da lei, d) fato ou ato ilícito, e) violação dos estatutos ou contrato social e f) má administração, quando esta provocar falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

voltados a esclarecer o problema. Pode-se conjecturar que, embora as cortes brasileiras, desde há muito, tenham sentido a necessidade de desconsiderar o princípio da personalização da sociedade, em determinadas situações, o próprio sistema, que é romanístico, trouxe algumas dificuldades. A necessidade de buscar suporte legal teria levado à aplicação extensiva do art. 10 do Decreto 3.708/19 e de dispositivos que lhe sucederam, situação que teria culminado na compreensão do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e dos diplomas legais que vieram a lume posteriormente.

Entendemos que existe, sim, uma sutil diferença em cada fenômeno, diferença que, em termos práticos de aplicação, desaparecem, quanto aos efeitos no pólo passivo da execução.

A imputação de responsabilidade extraordinária, como o próprio nome indica, é uma exceção ao princípio que limita a responsabilidade, a qual, de forma extraordinária, é atribuída aos sócios, tornando-os responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações assumidas pela sociedade. Essa exceção que, em se tratando de sociedade limitada, é regulada pelo art. 1.080 do Código Civil⁶⁷, não traz implicação direta ao princípio da personalização. A personalidade societária, sob nenhuma hipótese, é desconsiderada; o que ocorre é exatamente o contrário: o respeito à forma societária. Pode-se reconhecer, no caso concreto, que, de um lado está a sociedade, regularmente personalizada, e, de outro, está a personalidade dos sócios, os quais, por agirem contrariamente à lei ou às disposições contratuais, responderão pelos próprios atos em nome próprio, com patrimônio próprio.

Na desconsideração, por sua vez, o que se desconsidera, efetivamente, é a personalidade societária, em razão de uma conduta aparentemente lícita de seu gestor. Não se sabe, no caso concreto, onde está o interesse do sócio gestor e o interesse da sociedade, em que, mesmo não se evidenciando de plano qualquer prática de ilícito, existe o abuso da personalidade jurídica, aferido pela crise de identidade ou confusão patrimonial⁶⁸. Esses critérios estão no art. 50 do CC, dispositivo que consideramos o divisor de águas da polêmica, pelo menos no restrito

⁶⁷ "As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram".

⁶⁸ Explica Fábio Ulhoa Coelho: "admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial". Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

âmbito de sua aplicação às relações reguladas pela lei civil e trabalhista, excluídas as relações de consumo, de direito ambiental e outras que, como vimos, dispõem de legislação específica.

A comparação entre os arts. 50 e 1.080 do Código Civil revela, claramente, que não se pode mais tratar tecnicamente a desconsideração da personalidade como equivalente à responsabilidade extraordinária do sócio.

Note-se que, no art. 1.080, a personalização societária não constitui qualquer obstáculo para que se alcance o patrimônio dos sócios, havendo, para tanto, disposição legal expressa sancionadora de conduta pessoal das pessoas-membro. A Lei Civil dispõe de dispositivos próprios disciplinando ambos os eventos.

O purismo acadêmico, efetivamente, permite-nos extremar os fenômenos, o que na *práxis* se revela de pouca utilidade. A diferenciação não é de grande efeito prático, no que concerne às relações de trabalho. Quer se aplique o art. 50 ou o 1.080 do Código Civil, os efeitos são os mesmos: a responsabilidade por determinadas relações obrigacionais é estendida aos sócios.

Deve-se ter em mente que a técnica da desconsideração é instrumento a serviço de um escopo maior. Não se justifica a técnica pela técnica. Tanto é assim que os dispositivos legais que dela tratam têm sido especificamente editados ao longo do tempo para cada ramo do direito pátrio.

Tem sido comum a utilização subsidiária do art. 28 do CDC nas lides trabalhistas, entendimento que não mais compartilhamos, em face da existência de dispositivo no Código Civil vigente, cuja aplicação subsidiária está expressamente prevista na Consolidação.

Legislações específicas têm nascido a partir do apagar das luzes do século passado, legislações essas dotadas de objetivos definidos, para fazer face às transformações socioeconômicas, gerando, assim, ao que assistimos hoje: a decodificação - a fragmentação crescente de codificações, que se mantiveram herméticas desde que inaugurada a tendência pelo Código Civil napoleônico de 1.804⁶⁹.

⁶⁹ Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. v.1., 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 58-65. O professor, livre-docente e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, insiste na urgência da reconstrução do direito privado, inspirada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social, mediante a promulgação de microsistemas que regulem o direito do consumidor, o direito ao meio ambiente, o direito da infância e juventude etc e de leis flexíveis, com maior carga principiológica, de forma a prover maior adequação do sistema jurídico às rápidas transformações biotecnológicas e socioeconômicas.

Exemplo típico é o microssistema protetivo do direito do consumidor, que tem o propósito de discriminar positivamente este último, em benefício da justiça distributiva. A relação de consumo tem em um de seus pólos o fornecedor de produtos e serviços que, em regra, são entidades de grande poder econômico. Em decorrência, o outro pólo geralmente vem ocupado pelos interesses difusos e coletivos dos consumidores. Os traços próprios que diferenciam as relações de consumo impedem a aplicação analógica, de forma apressada, desse sistema às demais relações jurídicas⁷⁰.

Esse é um dos motivos pelos quais consideramos por demais singelo o argumento de que a desigualdade do consumidor seria equivalente àquela experimentada pelo empregado. Embora se assemelhem, tendo, inclusive, nascedouro comum a partir do sistema de produção em massa, o contexto brasileiro faz restrições a esse posicionamento. Dados estatísticos demonstram que a desigualdade entre os atores das relações de trabalho tem diminuído consideravelmente. São as micro e pequenas empresas aquelas que mais empregam a força de trabalho, conforme dados fornecidos pelo IBGE já anotados. São essas as empresas mais fragilizadas economicamente, que têm sua lucratividade ameaçada pelos pesados encargos tributários e sociais. Tal é o descompasso entre o sistema legislado e a realidade que não são pouco freqüentes os casos em que os atores sociais têm vivido na informalidade. O fenômeno da desconsideração descrito no CDC tem como premissa uma desigualdade que, mesmo nas relações de consumo, há de ser examinada caso a caso. Há casos julgados dessa natureza, em que as normas do microssistema têm sido utilizadas com temperamentos, em hipótese de micro e pequenas empresas. Do mesmo modo, nas relações de trabalho, a teoria desconsiderante, se utilizada na forma como preconizada pelo CDC, com os olhos fechados da indiferença à realidade socioeconômica que se apresenta, dificilmente atenderia aos fins sociais a que se dirige aquela norma, situação que revelaria a face ignorante do aplicador da lei no universo social em que está inserido.

⁷⁰ A particularidade da relação de consumo é reconhecida pela jurisprudência. Interessante caso foi julgado no Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de se imputar responsabilidade à Igreja Presbiteriana do Brasil por débito oriundo de condenação judicial do Instituto Presbiteriano Nacional de Educação, cujo patrimônio fora removido para diversas unidades que compõem a estrutura da Igreja Presbiteriana (REsp 225.051-DF publicado no DJ de 18 de dezembro de 2000). Nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do processo, mencionando a desconsideração: "é certo que essa doutrina não se aplica à espécie, seja porque não se cogitou de fraude, nem de abuso de direito, seja por não se tratar de relação de consumo".

O motivo que repele a aplicação do art. 28 do CDC está na autorização expressa para o auxílio subsidiário da lei civil, desde que omissa a Consolidação (art. 8º, parágrafo único, da CLT),⁷¹ o que nos leva ao art. 50 do Código Civil.⁷² Não há justificativa legal para que as cortes trabalhistas continuem a tomar emprestado a orientação do art. 28 do CDC, ou de qualquer outro preceito assemelhado.

Estabelecido o dispositivo legal aplicável, o próximo passo é delinear a teoria em seus fundamentos e desenvolver os critérios de sua aplicação no processo do trabalho, onde será enfocada a problemática do desaparecimento do patrimônio societário.

4.3. Critérios da desconsideração à luz da Lei Civil.

Na aplicação da doutrina da desconsideração, o principal desafio consiste em se encontrar critérios que autorizem a superação da forma da pessoa jurídica para, penetrando através dela, afetar o patrimônio dos sócios⁷³.

O critério subjetivo, obtido pela idéia do abuso de direito, está fundamentado, exclusivamente, na intenção de prejudicar. No exercício de seus direitos, o indivíduo tem plena liberdade para agir, contanto que não se mova na exclusiva intenção de prejudicar outrem⁷⁴.

Esse critério foi utilizado nos trabalhos pioneiros da teoria desconsiderante. Rolf Serick está nessa vertente. Em todos os casos por ele analisados, sem exceção, o abuso da pessoa jurídica somente se caracteriza se acompanhado do elemento subjetivo, onde

⁷¹ "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."

⁷² "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."

⁷³ Nesse ensaio, os principais critérios para a desconsideração são divididos em subjetivos e objetivos, a partir da classificação de Lamartine de Oliveira, com base no autor alemão Rehbinder. (REHBINDER, Eckard. "Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht" Apud OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, pp.294-296).

⁷⁴ Como variante da teoria da intenção, Everardo da Cunha Luna estuda a teoria da má-fé "baseada na vontade nociva de causar prejuízo a outrem, segundo a qual o abuso de direito pode ser concebido, quando verifica a perversidade de quem praticou o ato, sem, contudo, ficar provada a intenção de prejudicar, que se presume" (LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 84).

se comprove a intenção do agente. A ausência de prova do intuito doloso obstaculizaria a aplicação da desconsideração⁷⁵.

No entendimento do professor, as duas hipóteses fundamentais em que o abuso de direito se manifesta são a fraude à lei e a fraude às disposições contratuais. A primeira ocorre quando finalidade proibida pela lei é atingida através de via diversa da que foi normativamente consagrada. A segunda se caracteriza somente quando estiver provada a intenção de fugir à obrigação contratual⁷⁶. A mesma tendência está nos trabalhos pioneiros de Verrucoli e Requião e no recente trabalho do professor mineiro Alexandre Silva⁷⁷.

O mérito da teoria está em seu fundamento ético. A crítica que se faz está em sua incompletude, não por se desviar do conceito de abuso de direito, mas por não conseguir alcançá-lo, em sua abrangência.⁷⁸ Por esse motivo, dificilmente se observa, entre os estudiosos contemporâneos, a adoção extremada da teoria subjetivista que se vê nas obras pioneiras.⁷⁹

Segundo a teoria objetiva, o abuso da personalidade seria determinável por critérios objetivos. Nessa linha de raciocínio está a fórmula jurisprudencial empregada pelo tribunal federal alemão, o BGH (*Bundesgerichtshof*), ao afirmar que a forma jurídica da pessoa jurídica só merece consideração quando empregada de modo coincidente com as finalidades da ordem jurídica.

Destaca-se, nessa vertente, o pensamento de Rudolf Reinhardt⁸⁰, primeiro estudioso a vislumbrar a existência de elementos

⁷⁵ Para maior detalhamento v. "livro primeiro" da obra de Serick, onde são estudadas as possibilidades de desconhecimento da forma da pessoa jurídica em caso de abuso (SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Op. cit., pp. 25-30).

⁷⁶ Segundo o professor italiano, o abuso da personalidade jurídica, como abuso de direito, pressupõe o elemento volitivo, ou seja, a vontade de tirar proveito de uma situação não fraudulentamente criada, e que, por outro lado, permite, no fundo, que se consigam vantagens indevidas. (VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capital nella common law e nella civil law*. Op. cit., p. 154). Cf. REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". Op. cit., p. 36.

⁷⁷ Alexandre Silva justifica a utilização da teoria da desconsideração, em uma concepção mais abrangente da fraude existente no direito norte-americano, que engloba também o erro, o dolo, a simulação e a fraude contra credores, como casos de desconsideração. Defende a aplicação dos defeitos do ato jurídico no direito brasileiro como hipótese de desconsideração. (SILVA, Alexandre. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*". Op. cit., pp. 36, 41 e 42).

⁷⁸ LUNA, Everardo da Cunha. Op. cit., p. 87.

⁷⁹ A obra de Fábio Ulhoa Coelho manifesta traz uma combinação das tendências subjetivista e objetiva, em sua concepção de fraude e de abuso de direito (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Op. cit., pp. 57 e 58).

⁸⁰ Rudolf REINHARDT, Apud OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. Op. cit., p. 368-377.

objetivos para o desconhecimento da autonomia da pessoa jurídica, quando desenvolve a *durchgriff* voltada exclusivamente para a relação entre a pessoa jurídica e a pessoa-membro⁸¹.

A vertente objetivista conquistou, no Brasil, a maioria dos estudiosos, entre os quais se destaca Fábio Konder Comparato por sua visão mais extremada e pelo grande impacto de sua obra no meio acadêmico, no que tange à configuração da desconsideração no grupo de empresas. Para Comparato, o critério objetivo fundamental para a desestimação está no poder de controle societário⁸².

Outro grande estudioso do tema, na concepção objetiva, Lamartine de Oliveira⁸³ tem a visão institucionalista da pessoa jurídica como análoga à pessoa humana. De grande complexidade é a obra do professor paranaense, ao descrever o que denomina a dupla crise da pessoa jurídica, cujas fontes de subsídio foram buscadas *in loco* no meio jurídico alemão. Defende a jurisprudência de valores, que procura a interpretação da lei em conformidade com valores imanentes à própria lei. O professor fundamenta o abuso da personalidade na crise de função do instituto pessoa jurídica. Em seu entender, ocorre crise quando o instituto é desviado da função estabelecida pelo legislador. O desvio é verificável por critérios objetivos: em primeiro lugar, seria uma vontade alheia que controla a vida social - a vontade do sócio, em determinada sociedade, ou a vontade da sociedade que detém o controle, no grupo societário; outro critério seria a confusão de negócios e de patrimônios⁸⁴.

⁸¹ O professor alemão concebe a aplicação da *durchgriff* sob dois pressupostos: primeiro, deve-se reconhecer valor próprio à pessoa jurídica, como instituição; segundo, sua superação é configurável por critérios objetivos. Essa linha de pensamento é completamente oposta à de Serick, que entendia a pessoa jurídica como uma ficção e que a desconsideração somente se configuraria por critérios subjetivos.

⁸² Ao professor de São Paulo parecem totalmente insatisfatórios os critérios de abuso de direito e de fraude à lei, cujas noções não explicariam de forma satisfatória todos os casos de penetração, como aqueles favoráveis ao sócio (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Op. cit., pp. 289-290, 293-298).

⁸³ José Lamartine Corrêa de Oliveira apresentou contribuição de valor inestimável ao aperfeiçoamento da doutrina da desconsideração. O professor paranaense estudou diretamente nos meios europeus, especialmente em universidades e tribunais alemães, onde buscou subsídios para sua obra, em que aborda, com detalhamento e rigor científico, a dupla crise da pessoa jurídica, que supera o problema conceitual, atingindo os valores imanentes à própria lei. Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. Op. cit., pp. 605-613.

⁸⁴ Outras hipóteses de aplicação da doutrina no grupo de empresas, sob o enfoque objetivo, são enumeradas por Marcus Lutter como: i - subcapitalização, em desproporção anormal entre o volume de negócios e o capital de que dispõe; ii - confusão de patrimônios, segundo o princípio *venire contra factum proprium*; iii - confusão da esfera de atividades, como a utilização da mesma sede, mesma razão social, mesmos empregados etc. (LUTTER, Marcus. "La responsabilité civile dans le groupe de sociétés" - *Journal des Sociétés*, Paris, 99(4):697-724, oct/dec., pp. 702-6, Apud. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Op. cit., p. 116).

Terceira vertente apropriar-se de ambas as formulações. O uso fraudulento e abusivo da personalização residiria na intenção do agente, sendo por esse motivo considerado subjetivo, trazendo dificuldade probatória. A formulação objetiva, calcada na confusão patrimonial, viria a amparar a moldura subjetiva, fornecendo meios de prova mais consistentes do abuso da personalidade societária. Esse posicionamento, que consideramos misto, é defendido por Fábio Ulhoa Coelho⁸⁵.

Reconhecidos os critérios, o próximo passo consistirá em descrevê-los à luz do art. 50 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

"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."

O preceito, que traz a denominação de influência francesa *abuso da personalidade*, descreve o fenômeno sob o critério objetivo, em duas hipóteses fundamentais: *desvio de finalidade* e *confusão patrimonial*, pressupostos que, acreditamos, apesar da partícula de exclusão "ou", poderem conviver conjuntamente, no caso concreto, sem se excluírem um ao outro.

Maria Helena Diniz, sobre o teor do preceito, discorre:

*"Há uma repressão ao uso indevido da personalidade jurídica, mediante desvio de seus objetivos ou confusão do patrimônio social para a prática de atos abusivos ou ilícitos, retirando-se, por isso a distinção entre bens do sócio e da pessoa jurídica, ordenando que os efeitos patrimoniais relativos a certas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios, recorrendo, assim, à superação da personalidade jurídica porque os seus bens não bastam à satisfação daquelas obrigações, visto que a pessoa jurídica não será dissolvida, nem entrará em liquidação. É uma forma de corrigir fraude em que o respeito à forma societária levaria a uma solução contrária à sua função e aos ditames legais."*⁸⁶

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. op. cit., pp. 43-44.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1. 19. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

O *abuso da personalidade* integra o gênero *abuso de direito*, fundamento essencial para a teoria da desconsideração. O abuso surge, em nosso ordenamento jurídico, como ato ilícito, resultante do exercício anormal ou irregular do direito subjetivo. Essa era a orientação do art. 160, I, do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 188 do Código Civil de 2002. Este talvez seja o motivo pelo qual a teoria desconsiderante, no sistema pátrio, esteja refletida em dispositivos legais que a identificam à responsabilidade extraordinária dos sócios por atos ilícitos.

O Código de 2002 é ainda mais específico, quando, em seu art. 187 - que não tem correspondência no diploma civil anterior - estabelece: *"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."*

Essa é justamente a jurisprudência de valores defendida por Lamartine de Oliveira, que encontra eco no pensamento realiano, mentor do diploma civil vigente⁸⁷. A pessoa natural ou jurídica, que faz uso de seu direito, deve estar contida em uma limitação de natureza ética. Tal imposição permite coibir toda a conduta que tenha como finalidade causar dano a outrem, sob pena de sujeição à reparação civil⁸⁸.

O abuso da personalidade pelo *desvio de finalidade ou de função* se insere nesse contexto. O exercício do direito de personalidade está limitado à função do instituto pessoa jurídica. A situação de crise, que autoriza a desconsideração de sua personalidade, ocorre quando o instituto é desviado da finalidade estabelecida pelo legislador⁸⁹.

A sociedade empresária foi estabelecida em resposta a valores caríssimos à sociedade, como a ampliação das fontes do trabalho humano assalariado e a produção e circulação de riquezas. O mecanismo que defende tais valores está na redução do risco empresarial, efetivada pela separação patrimonial e, em consequência, pela limitação da responsabilidade. Esse é o principal fator atrativo de fomento à iniciativa privada, propiciando, assim, maior circulação de

⁸⁷ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. "O novo código civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'". In: *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 131-144.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário S. *Instituições de direito civil*. Op. Cit., p. 468.

⁸⁹ O desvio do poder constitui amplo campo de estudo, na hipótese de gestão da coisa pública e tem conotações próprias que excedem à simples reparação civil. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 197-198.

riquezas, maiores e melhores ofertas de trabalho, e, em consequência, o enriquecimento de uma nação. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são, em última análise, um dos fundamentos do Estado brasileiro.⁹⁰

Ocorre o desvio de função quando a pessoa jurídica é utilizada com finalidade diversa para a qual foi criada, segundo o ordenamento jurídico, gerando a crise no sistema. Nas relações de trabalho, exemplificativamente, as hipóteses de fraude à legislação trabalhista, que representem abuso da personalidade societária, autorizam a desconconsideração do tipo societário para atribuição de responsabilidade aos sócios.

Os pressupostos de aplicação são analisados pela professora Maria Helena Diniz, nos seguintes termos:

A teoria "visa atingir o detentor do comando efetivo da empresa, ou seja, o acionista controlador (*maître de l'affaire* ou *active shareholder*) e não os diretores assalariados ou empregados, não participantes do controle acionário. Pressupõe, portanto, a utilização fraudulenta da companhia pelo seu controlador, sendo que na Inglaterra, observa Tunc, opera-se sua extensão aos casos graves de negligência ou imprudência na conduta negocial (*reckless trading*), admitindo que se acione o administrador se houver culpa grave (*misfeasance* e *breach of trust*) para que sejam indenizados os prejuízos causados à sociedade por atos praticados contra ela. Nos Estados Unidos essa doutrina só tem sido aplicada nas hipóteses de fraudes comprovadas, em que se utiliza a sociedade como mero instrumento ou simples agente do acionista controlador. Em tais casos de confusão do patrimônio da sociedade com o do acionista, induzindo terceiros em erro, tem-se admitido a desconconsideração, para responsabilizar pessoalmente o controlador."⁹¹

Curiosamente, as cortes norte-americanas têm reconhecido também duas hipóteses fundamentais de abuso da personalidade jurídica, reconhecidas como a quebra da regra da instrumentalidade e da identidade, que equivalem, na dicção do art. 50 da Lei Civil brasileira, às hipóteses de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, respectivamente.

⁹⁰ Constituição Federal, art. 1º, IV. Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 105 e 764

⁹¹ DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro. Op. Cit., p. 262.

A quebra da regra da instrumentalidade, ou *instrumentality rule*, no sistema americano, também chamada de desvio de finalidade, requer prova de três elementos. O primeiro se revela na existência de controle societário. O segundo consiste em que o controle deverá ser utilizado para cometer fraudes ou ilegalidades, em violação à lei ou aos estatutos sociais. O terceiro se mostra na relação de causalidade entre o ato cometido e o dano sofrido. A conjunção de interesses entre pessoa jurídica e pessoa-membro, em princípio, não traduz ilícito, cabendo, entretanto, a terceiros que se considerarem prejudicados, demonstrar o dano e o nexo de causalidade⁹².

A regra da identidade, ou *identity rule*, preconiza que a sociedade seja adequadamente estabelecida e mantida, com uma sólida base de capital, de forma a se materializar, efetivamente, o princípio da autonomia jurídica e patrimonial. Assim, a sociedade deverá ter vida própria, paralelamente à dos sócios. A quebra da regra de identidade se revela, em termos gerais, na confusão patrimonial, que poderá ser aferida, caso a caso.

A confusão patrimonial constitui pressuposto de natureza objetiva amplamente analisado por Fábio Konder Comparato, juntamente com o poder de controle societário, como vertentes de uma mesma situação autorizadora da superação da personalidade societária⁹³. De forma semelhante, o abuso da personalidade, na visão de Lamartine de Oliveira, tem como critérios a existência de uma vontade alheia que controle a vida social de forma desvirtuada da função estabelecida pelo legislador, conjugado com a confusão de negócios e de patrimônios.

⁹² Nas palavras do Juiz Charles D. Gill (*Litchfield Asset Management v. Mary Ann Howell et al.*, julgado em 14 de novembro de 2000): “The Connecticut Supreme Court has consistently held that the *instrumentality rule* requires proof of three elements: (1) control, not mere majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own; (2) that such control must have been used by defendant to commit fraud or wrong, to perpetrate the violation or a statutory or other positive legal duty, or a dishonest or unjust act in contravention of plaintiff’s legal rights; and (3) that the aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of”.

⁹³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. *Op. cit.*, pp. 289-290, 293-298).

A quebra de identidade se relaciona às teorias do *alter ego* e da subcapitalização⁹⁴ ⁹⁵, que, exemplificativamente, revelam-se na unidade de interesses, de forma a não se identificar a personalidade própria societária, na desproporção anormal entre o volume de negócios e o capital de que dispõe, na confusão de patrimônios, segundo o princípio *venire contra factum propriu* e na confusão da esfera de atividades, como a utilização da mesma sede, mesma razão social, mesmos empregados etc⁹⁶.

A situação de insolvência também pode ser compreendida como hipótese de abuso da personalidade, como quebra das regras da instrumentalidade e da identidade, como veremos a seguir.

4.4. A grande polêmica: o abuso da personalidade e o desaparecimento do patrimônio social.

A situação de insolvência, como vimos, relacionada à quebra da regra da identidade, segundo a teoria da subcapitalização pelas cortes norte-americanas, recebeu tratamento específico na Alemanha, onde, a par da desconsideração propriamente dita – *durchgriff*, existe a *haftungsdurchgriff* – que se refere à penetração na estrutura societária para solucionar o problema específico de atribuição de responsabilidade.⁹⁷ Trata-se de subespécie da primeira, amparada em fundamentos especiais, entre os quais está a noção de ordem pública e os deveres especiais de organização da sociedade, decorrentes da situação de poder do sócio.

⁹⁴ Cf. <http://www.goadmanlaw.com/www/pierceveil.htm> artigo disponibilizado em 19 de agosto de 2004, que destaca as teorias do *alter ego* e da *undercapitalization* como hipóteses legais de desconsideração da personalidade societária no Estado norte-americano do Texas.

⁹⁵ “To determine whether a shareholder has abused the privilege of a separate corporate identity under the first prong of the piercing doctrine, courts examine a variety of factors. For example, Massachusetts courts weigh the following twelve factors: (1) common ownership; (2) pervasive control; (3) confused intermingling of business activity, assets, or management; (4) thin capitalization; (5) nonobservance of corporate formalities; (6) absence of corporate records; (7) no payment of dividends; (8) insolvency at the time of the litigated transaction; (9) siphoning away of corporate assets by the dominant shareholders; (10) nonfunctioning of officers and directors; (11) use of the corporation for transactions of the dominant shareholders; and (12) use of the corporation in promoting fraud.” Cf. Bruce Johnson v. Exclusive Properties Unlimited, et al, julgado em 20 de novembro de 1998 pela Maine Supreme Judicial Court. Disponível no site <http://caselaw.lp.findlaw.com>.

⁹⁶ LUTTER, Marcus. “La responsabilité civile dans le groupe de sociétés” – Journal des Sociétés, Paris, 99(4):697-724, oct/dec., pp. 702-6, Apud. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. Op. cit., p. 116.

⁹⁷ REINHARDT e ERLINGHAGEN, Apud OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. Op. cit., p. 368-393.

O princípio fundamental da *haftungsdurchgriff* está na teoria do risco. A sociedade comercial obedece a uma estrutura prevista em lei, onde o risco pessoal dos sócios é substituído pela presença de uma base de capital, que assegura a garantia dos credores, inclusive, a satisfação do crédito trabalhista.

A personalização concedida à sociedade está fundamentada em seu patrimônio. Existe interesse público em que se mantenha a saúde econômica da empresa, a fim de proteger o credor, o sócio e a própria empresa, onde se incluem os contratos de trabalho a ela vinculados. Isso porque, em uma economia de mercado, a sociedade mercantil deve correr os riscos ligados à empresa. Decorre daí a inadmissibilidade de uma transferência de tais riscos para terceiros com os quais a pessoa jurídica se relaciona, situação que configuraria abuso da forma societária.

Portanto, quando a sociedade se mostra insolvente, a solução consistiria em se desconsiderar sua autonomia econômica, para atingir o patrimônio dos sócios. Não cabe ao terceiro sofrer os riscos atribuídos à sociedade. Nesse sentido, a superação da estrutura societária constituiria a única solução, em hipótese de dissolução irregular ou patrimônio insuficiente para honrar os compromissos assumidos.

Tem-se, no parágrafo 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, a consagração normativa, no ordenamento brasileiro, da *haftungsdurchgriff* em sua mais pura essência. Vale transcrever o exato teor do dispositivo: *"também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores"*.

A obra de Flávia Lefèvre Guimarães traz interpretação na mesma esteira:

"O legislador atribuiu, com este dispositivo, extensão quase ilimitada ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica (...) na medida em que prescreve que deve haver a desconsideração SEMPRE que a personalidade for o obstáculo ao ressarcimento de dano causado ao consumidor. Ou seja, havendo comprovado dano e estando a sociedade insolvente, devem os sócios responder com seus patrimônios pessoais" ⁹⁸.

A tendência entre a maioria dos estudiosos é de imprimir igual alcance da técnica do superamento à relação de emprego.

⁹⁸ GUIMARAES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor - aspectos processuais*. Op. cit., p. 83.

Alexandre Couto Silva anota:

"Os juízes do trabalho, baseados no princípio *pro operario*, com a finalidade de tutelar o trabalhador, para compensar sua inferioridade econômica com a superioridade jurídica, e por ser uma justiça de caráter social e sensível à realidade econômica, não poderiam deixar antever os desvios que podem ocorrer no instituto da pessoa jurídica e, com isso, consagrar a aplicação da desconsideração da personalidade para evitar que ocorram injustiças com os trabalhadores"⁹⁹.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

"Pode-se reconhecer (...) que o pressuposto da desconsideração da pessoa jurídica, no direito do trabalho, é o abuso. Entende-se abusiva a utilização da pessoa jurídica sempre que o respeito aos efeitos do regime correspondente signifique o sacrifício de um direito ou de uma faculdade assegurada pelo direito do trabalho ao trabalhador(...) nenhum poder jurídico é reconhecido como exercitável para frustrar sua consecução. A nenhum propósito pode admitir-se que se realize outro fim. A desfunção não é admitida, pelo direito do trabalho, em termos de perecimento do direito do empregado."¹⁰⁰

Arion Sayão Romita entende que a limitação da responsabilidade do sócio desempenhou um papel histórico, que se mostra incompatível com a proteção dispensada ao empregado pelo direito material do trabalho. Defende a total satisfação do crédito trabalhista, ainda que por meio da execução dos bens particulares do sócio¹⁰¹.

Suzy Cavalcante Koury, na mesma esteira, defende a aplicação da teoria desconsiderante de forma ampla, com fundamento no mesmo dispositivo do CDC:

"Uma vez constatada a insuficiência do patrimônio social, é possível buscar-se, em toda e qualquer hipótese, o patrimônio pessoal dos sócios, pois o respeito à personalidade jurídica da sociedade, como distinta da personalidade dos sócios, obstaculizaria a efetividade da execução trabalhista, fazendo com que os trabalhadores suportassem eventuais prejuízos da empresa sem que pudessem usufruir de seus lucros ou de exercer o poder diretivo, o que, mais do que tudo, seria injusto"¹⁰².

⁹⁹ SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Op. cit., p. 114.

¹⁰⁰ JUSTEN Filho, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. Op. Cit., 100-101.

¹⁰¹ ROMITA, Arion Sayão. "Responsabilidade trabalhista de sócios e/ou gestores de sociedades de responsabilidade limitada". Op. cit., p. 77.

¹⁰² KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. "A desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade da execução trabalhista". Revista LTr. São Paulo. v. 68. n. 1 janeiro. 2004, pp. 22/28, p.24.

Carlos Henrique Bezerra Leite tampouco alude a qualquer critério para o superamento da personalidade jurídica, fazendo-se suficiente o prejuízo ao crédito trabalhista, na forma do art. 28, § 5º, do CDC¹⁰³.

Mesmo entendimento é encontrado na maioria dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, em que o critério de insuficiência do patrimônio societário é o único bastante para o reconhecimento do abuso da personalidade jurídica¹⁰⁴.

A tendência quase que absoluta, portanto, é, com fundamento nos princípios peculiares ao direito do trabalho, especialmente o protetor, eleger a insuficiência patrimonial como critério objetivo suficiente para a desconsideração da personalidade, a fim de se atribuir responsabilidade solidária e ilimitada, até o pagamento integral dos créditos dos empregados.

Crítica ferrenha a esse posicionamento está refletida em edição recente da obra de Fábio Ulhoa Coelho e concerne aos critérios pelos quais a técnica desconsiderante tem sido utilizada¹⁰⁵. O fenômeno da desconsideração no sistema brasileiro é descrito em duas vertentes: a maior e a menor.

A primeira vertente é aplaudida como evolução, em que o princípio da personalização é aperfeiçoado a ponto de ser desconsiderado episodicamente. A técnica desconsiderante é tida por corretamente aplicada pela obediência a critérios adequados, em que se destacam a fraude e o abuso do instituto pessoa jurídica.

A formulação menor, segundo o professor paulista, revelaria a crise da pessoa jurídica, em razão de os órgãos jurisdicionais fazerem uso da teoria desconsiderante sem técnica melhor elaborada. O uso indiscriminado da teoria é denunciado: a personalização é desconsiderada sem maiores critérios, bastando a constatação de insatisfação do direito do credor. A denominação "menor" é utilizada sob argumento de não ser "despropositado apenas dizer que os juízes brasileiros, em momentos de descuido, não se dedicaram ao prévio e suficiente estudo da matéria e passaram a fazer apressado e inadequado uso da expressão 'desconsideração'"¹⁰⁶.

¹⁰³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. Op. Cit., p. 648.

¹⁰⁴ Cf. RR 572516, Ac. 3º Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 9.11.2001; ROAR 545348, Ac. SBDI-2, Relator Ministro Ronaldo José Lopes Leal, DJU 14.5.2001.

¹⁰⁵ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Op. Cit., pp. 35-46.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Op. cit., p. 46.

Como se vê, o professor paulista tem visão bastante restritiva da ocorrência do fenômeno.

Visão também mais restritiva é compartilhada por Manoel Antônio Teixeira Filho, em edição mais recente de sua obra dedicada à execução trabalhista. Entende o professor paranaense que a atribuição de responsabilidade, em hipótese de desconsideração da autonomia societária, é extensiva, apenas, aos sócios-gerentes¹⁰⁷.

Mesma trilha segue o precedente da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho, relatado pelo Ministro João Oreste Dalazen, publicado no DJU de 14.12.2001. A relevância deste entre os demais julgados está em que a insuficiência do patrimônio societário não constituiu o único critério, que está conjugado à dissolução irregular da sociedade e à evidência objetiva de que o sócio retirou-se apenas formalmente do quadro societário, a fim de eximir-se do pagamento dos débitos¹⁰⁸.

Emerge da visão mais restritiva de aplicação da doutrina a observância de determinados critérios estruturados na noção de controle societário. Tal visão, defendida pela mais abalizada doutrina da desconsideração, está estampada no art. 50 da Lei Civil, como a quebra das regras da instrumentalidade e da identidade, também previstas no sistema norte-americano.

A questão, efetivamente, merece maior reflexão.

A busca de critérios, como se vê, é o ponto nevrálgico. Pergunta-se: os atos de emanção jurídica do sistema brasileiro, em sua maioria, estariam igualmente equivocados na aplicação da teoria, em relação à sua identificação e hipóteses de incidência?

5. Conclusão – desafio diante da crise: a ameaça ao equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

¹⁰⁷ TEIXEIRA Filho, Manuel Antônio. Execução no processo do trabalho. ed. 7. São Paulo: LTJ, 2001, p. 153.

¹⁰⁸ “AÇÃO RESCISÓRIA. COISA JULGADA. OFENSA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Não viola os incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LVII do art. 5º da Constituição Federal a decisão que desconsidera a personalidade jurídica de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ao constatar a insuficiência do patrimônio societário e, concomitantemente, a dissolução irregular da sociedade, decorrente de o sócio afastar-se apenas formalmente do quadro societário, no afã de eximir-se do pagamento de débitos. A responsabilidade patrimonial da sociedade pelas dívidas trabalhistas que contrair não exclui, excepcionalmente, a responsabilidade patrimonial pessoal do sócio, solidária e ilimitadamente, por dívida da sociedade, em caso de violação à lei, fraude, falência, estado de insolvência ou, ainda, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Incidência do art. 592, II, do CPC, conjugado com o art. 10 do Decreto 3.708, de 1919, bem assim o art. 28 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).”

A contribuição que pretendíamos trazer por meio do presente estudo consistia, basicamente, no incentivo a maiores reflexões sobre a teoria do abuso da personalidade jurídica societária. Partindo da premissa de que o princípio da personalização sempre esteve em constante evolução, gravitamos em torno de questões ainda em aberto, que se colocam desde a identificação do abuso societário - extremando-o de tantos outros em que a responsabilidade é elástica ou extraordinariamente atribuída - até os critérios de aplicação da teoria, à luz das hipóteses descritas no art. 50 da Lei Civil - quebra das regras da instrumentalidade e identidade, que se refletem no desvio de finalidade e confusão patrimonial.

A insuficiência patrimonial foi encontrada como hipótese de superamento da estrutura societária no sistema norte-americano e na doutrina alemã, na qual se desenvolveram estudos que, a par da desconsideração - *durchgriff* - abordam a desconsideração para solucionar o problema específico de atribuição de responsabilidade - *haftungsdurchgriff*. Esta, relacionada à responsabilidade, pressupõe fundamentos especiais, entre os quais está a noção de ordem pública e os deveres especiais de organização da sociedade, decorrentes da situação de poder do sócio.

O princípio fundamental da *haftungsdurchgriff*, que está na teoria do risco, justificaria a desconsideração da autonomia econômica da sociedade, em hipóteses em que esta extinguiu-se irregularmente ou não dispõe de patrimônio suficiente para honrar os compromissos assumidos em seu nome.

A postura que coloca a *haftungsdurchgriff*, tal qual espelhada no art. 28, § 5º, do CDC, como uma formulação menor da teoria desconsiderante traduz questão tormentosa. Por um lado, não se deve descuidar de que a doutrina da desconsideração exige critérios adequados, ante o perigo de se expor ao risco a relação societária. Por outro, também é delicada a situação em que o abuso da forma societária se manifesta, no processo de execução, quando a inexistência injustificada de patrimônio societário apresenta séria ameaça à efetividade da tutela jurisdicional, no que tange à relação de emprego.

A busca de critérios constitui questão em aberto, que sugere o auxílio do princípio da razoabilidade, segundo as evidências de cada caso concreto. É certo que não se pode fazer uso indiscriminado e abusivo da técnica, causando deformação de todo um sistema que, preservando a estrutura societária, preserva, a um só tempo, tanto a livre iniciativa, como as fontes de trabalho no sistema capitalista.

O desafio consiste em buscarmos, se ainda não parece boa, uma técnica mais elaborada, que não se limite ao pressuposto de insatisfação do direito do credor trabalhista, concretizado no título executivo. Se o uso considerado abusivo da técnica veio a prejudicar o próprio sistema conciliador desses valores, a questão, efetivamente, merece maior reflexão.

Talvez a resposta mais adequada, que sugerimos, está em três posturas fundamentais que guiaram nosso estudo. A primeira consiste em reconhecer que a personalização é fenômeno resultante de longa evolução no sistema jurídico ocidental, não comportando atribuir responsabilidade à pessoa-membro sem fazer uso de critérios adequados.

A segunda está em apropriar-se da desconsideração em sua melhor essência. Procurar descrevê-la por meio de tipos legais abertos e flexíveis, partindo da premissa de que a realidade do fenômeno é aquela estabelecida caso a caso. Ter consciência de que não se pode contê-la em limites preconcebidos, emprestados da doutrina alienígena ou ditados rigidamente pela legislação.

Outra postura fundamental está em reconhecer a angustiante posição do aplicador do direito. A teoria do abuso da personalidade jurídica, particularmente na relação de emprego, está inserida em um contexto potencialmente conflituoso, que consiste em equacionar pólos aparentemente antinômicos, inconciliáveis, ambos colocados, no mesmo inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, como fundamentos do Estado brasileiro: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

6. Referências bibliográficas.

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993.

ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. "Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista - responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra sociedade". Revista LTr. São Paulo. v. 58. n.11. nov. 1994, pp.1295-99.

_____. Teoria geral do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BEVILAQUA, Clóvis. Código civil comentado. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1929.

- _____. Direito das obrigações. Rio de Janeiro, 1954.
- CARNELUTTI, Francesco. "Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni". In: Studi di diritto processual in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento. Pádua, 1927.
- CASILLO, João. "Desconsideração da pessoa jurídica". Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 528. out. 1979, pp. 25-40.
- CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- COELHO, Fábio Ulhoa. "Arts. 28 a 45". In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. Direito antiruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. Curso de direito comercial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 1. 19.ed, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 1994.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor. Max Limonad, 1998.
- JUSTEN Filho, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. "A desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade da execução trabalhista". Revista LTr. São Paulo. v. 68. n. 1 janeiro. 2004, pp. 22/28.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 2.ed., São Paulo: LTr, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1946.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. v.1., 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade do comerciante individual. São Paulo, 1956.

MAGANO, Octavio Bueno. "A solidariedade no Direito do trabalho: intermediação, empreitada, sucessão e grupo de empresas". Revista LTr. São Paulo. v. 48. n. 3. mar. 1984, pp. 277-285.

MARANHÃO, Délio. "Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa". Revista LTr. São Paulo. v. 45. n. 2. fev. 1981, pp.137-139.

_____. CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa de. Direito do Trabalho. 17ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

_____. SUSSEKIND, Arnaldo. VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho, 14ª ed.v.1.. São Paulo: LTr, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 150.

_____. Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. "O novo código civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'". In: Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de, "Legitimidade ad causam na execução trabalhista". Decisório Trabalhista. Curitiba, 106: 9-33, maio 2003, p. 32).

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1966.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 13ª ed. Revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do, Comentários aos código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. "Personalidade jurídica da sociedade irregular". Revista Jurídica. Porto Alegre. n. 76, 1967.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1976.

_____. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro, 1954.

RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade jurídica." Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 293. jan./fev./mar. 1986, pp. 79-82.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1981.

REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". Revista dos Tribunais. v. 410, pp. 12-23.

ROMITA, Arion Sayão. "Responsabilidade trabalhista de sócios e/ou gestores de sociedades de responsabilidade limitada". Revista de Direito. Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara. v. 9. 1969, pp. 56-77 e v. 10. 1970, pp. 102-110.

_____. "Responsabilidade solidária dos sócios ou administradores pelas dívidas trabalhistas da sociedade" In: Direito do trabalho - temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998).

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. 4ª ed. 3ª tiragem revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 1993.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr, 1991.

SAMPAIO, Aluysio. "Solidariedade de grupo. Alteração na estrutura jurídica da empresa". Revista de Direito do Trabalho. n.23. jan./fev. 1980, pp.9-19.

SANTOS, J. M. Carvalho. Código civil interpretado. São Paulo, 1955.

SERICK, Rolf. Forma e realtà della persona giuridica. Milano: Giuffrè, 1966.

SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOBRINHO, Genésio Vivanco Solano. "A empresa moderna e o fenômeno concentracionista no Direito do Trabalho". Revista de Direito do Trabalho, n. 23. jan./fev. 1980, pp. 20-27.

THEODORO Jr., Humberto. Processo de execução. São Paulo: LEUD, 1993.

TEIXEIRA Filho, Manuel Antônio. Execução no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

VERRUCOLI, Piero. Il superamento della personalità giuridica delle società di capital nella "common law" e nella "civil law". Milano: Giuffrè, 1964.