

ISSN 2175-5760

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 29/2010

**DESCONSIDERAÇÃO
DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**



SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 29/2010 – versão publicação

Desconsideração da Personalidade Jurídica
Convocação 02/2009

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
PUCRS

Coordenação Acadêmica

Prof. Dr. Paulo Caliendo
Prof. Dr. Fabio Siebeneichler de Andrade

Equipe de Pesquisa

Prof. Dr. Adalberto de S. Pasqualotto
Mariana Petersen Chaves
Gabriela Santos Ferreira

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434
CEP: 70064-900 – Brasília – DF
www.mj.gov.br/sal
e-mail: sal@mj.gov.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



CARTA DE APRESENTAÇÃO

INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem o prazer de apresentar uma nova série de cadernos do “Projeto Pensando o Direito”, trazendo a público os resultados de pesquisas realizadas por instituições acadêmicas que trabalharam em parceria com a SAL ao longo do ano de 2009.

Mais do que mera prestação de contas à sociedade, as publicações representam o êxito de um novo modelo de relacionamento entre Estado e academia jurídica. Sem abdicar do respeito pleno à autonomia científica, e ciente de que o Projeto não pretende ser linha de fomento à pesquisa jurídica – dado seu caráter prático e instrumental às competências da SAL –, propõe-se uma cooperação aberta, crítica e colaborativa, que almeja construir alternativas qualificadas aos entraves práticos e teóricos que circundam o processo de elaboração normativa. Seus contornos, aliás, têm servido como base a outras ações governamentais que buscam aproximar a produção acadêmica do cotidiano estatal.

Ganha a SAL no momento em que alcança o objetivo primário do projeto, qual seja, a qualificação dos projetos apresentados e dos debates travados no âmbito do Ministério da Justiça e do Congresso Nacional; ganha a academia jurídica – e aqui talvez resida grande vitória, em que pese não ser meta precípua do trabalho – no momento em que se abrem possibilidades de aplicação prática à produção científica e de participação efetiva no debate político.

O resgate da crença na política legislativa, a percepção de que o debate jurídico também ocorre no momento formativo da lei e o renascimento – ainda tímido e inicial – da participação acadêmica nas instâncias políticas decisórias contribuem, de modo inequívoco, para a (re)definição dos rumos da pesquisa e do ensino jurídico no Brasil. A pesquisa aplicada e o interesse pelo processo legislativo devolvem relevância ao momento da gênese legislativa e, em última instância, revigoram as características constituintes da cidadania. Renova-se a sensação de pertencimento; recorda-se a importância de participação.

É esta, em suma, a aposta da Secretaria de Assuntos Legislativos: um modelo de produção normativa aberto e efetivamente democrático, permeável à contribuição sócio-acadêmica, que resgate a importância do processo legislativo e restaure os laços positivos existentes entre política e direito. Um desenho institucional que qualifique os esforços governamentais e, de outro lado, estimule a legítima participação daqueles que têm na lei posta seu objeto cotidiano de trabalho.

Este caderno integra o segundo conjunto de publicações da Série Projeto Pensando o Direito e apresenta a versão reduzida da pesquisa. Sua versão integral pode ser acessada no sítio eletrônico da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em www.mj.gov.br/sal.

Brasília, 30 de junho de 2010.

Felipe de Paula

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

A análise da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos setores do direito brasileiro constituía um foco permanente de atenção por parte de diversos integrantes do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

O Projeto Pensando o Direito, organizado pelo Ministério da Justiça, propiciou a oportunidade de constituição de uma equipe a fim de examinar conjuntamente os diversos assuntos vinculados ao tema, bem como a reflexão sobre a possibilidade de aprimorar a tratativa da matéria em nosso ordenamento.

A nossa pesquisa teve como objetivos, de um lado, identificar as questões materiais e processuais decorrentes da aplicação pelas Cortes de Justiça da figura da desconsideração da personalidade jurídica; de outro, em face deste rastreamento, propor aperfeiçoamentos na resolução da matéria em nossa legislação.

A matéria da desconsideração da personalidade jurídica tem alta relevância, na medida em que se vincula à tentativa de conciliar a tutela ao credor com a necessidade de proteção dos interesses empresariais, consubstanciados no mecanismo da responsabilidade limitada do sócio da pessoa jurídica.

Consoante a pesquisa procura demonstrar, alcançar uma solução harmônica entre estes objetivos, constitui-se em tema presente em diversos ordenamentos, sendo freqüente o debate acerca da necessidade de evitar um desequilíbrio entre eles.

As soluções apresentadas não têm a pretensão de serem conclusivas. Ao contrário, pretende-se contribuir na discussão de um tema relevante para o aprimoramento do direito privado brasileiro.

Agradecemos à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e ao PNUD – Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento pelo apoio à realização do trabalho.

Porto Alegre, março de 2010.

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

PUC-RS

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

**SUMÁRIO EXECUTIVO RELATÓRIO DE PESQUISA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Resumo do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto
"Pensando o Direito", Referência PRODOC BRA 07/004

PORTO ALEGRE/ BRASÍLIA

MARÇO DE 2010



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO....	11
2. METODOLOGIA....	17
3. AS QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS RELACIONADAS À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA....	25
3.1 A DELIMITAÇÃO DA NOÇÃO DE ABUSO....	25
3.2 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL....	33
3.3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA CONFIANÇA....	35
3.4 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO....	40
3.5 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRIBUTÁRIO....	48
4 ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO....	63
5 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES....	66
6 REFERÊNCIAS....	71



1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do conceito de pessoa jurídica serve de exemplo paradigmático do espírito conceitualista do século XIX, que marcou o desenvolvimento e delineamento dos conceitos das principais figuras do Direito Civil clássico.

A temática da pessoa jurídica – e a noção de sujeito de direito – pode ser examinada à luz do Direito Romano¹, na medida em que é relevante indagar, de um lado, como os romanos solucionavam os problemas que, atualmente, se resolvem mediante a figura da pessoa jurídica², e, de outro, verificar se estas soluções identificam-se efetivamente com o conceito de pessoa jurídica³. Da mesma forma, não se pode desconhecer o desenvolvimento dado à matéria no período medieval, em que se aprofundou o estudo do tema com base nas fontes romanas⁴.

No entanto, mesmo mantendo-se esta premissa, é forçoso reconhecer que os contornos do conceito de pessoa jurídica giram em torno de teorias elaboradas no século XIX, em especial pelos autores da escola pandectística⁵: de um lado, a teoria da ficção, defendida por Savigny, e, de outro, a teoria da realidade, que tem em Otto Gierke um de seus representantes máximos⁶.

Este esforço de conceitualização – pode-se dizer de uma dogmática – no campo do Direito Civil, em especial no que concerne à pessoa jurídica não tem razões apenas acadêmicas: ao Direito Civil interessa sobremaneira que se fixe a autonomia jurídica das pessoas de existência ideal – como se referia Teixeira de Freitas às pessoas jurídicas

1 Nesse sentido, ver, por exemplo, Orestano, Ricardo. Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano. Torino: Giappichelli, 1968, p. 79.

2 A este respeito, é sempre objeto de referência a seguinte passagem das fontes romanas, que faz menção à universitas: “Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitatis singuli debent (D. 3.4.7.1) (Se algo é devido à universalidade, não é devido a cada um dos seus membros; nem aquilo que a corporação deve é dívida de cada um de seus membros).

3 Orestano, Ricardo, Op. Cit., p. 80.

4 Cf. Hattenhauer, Hans. Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, Munique: Beck, 2000, p.24.

5 Sobre a relevância da pandectística ver, exemplificativamente: Luig, Klaus. La Pandettistica come Scienza Guida della Scienza Giuridica Dell'Ottocento, in Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano: Cedam, 1988, p. 289.

6 Ver sobre o tema, Hattenhauer, Hans. Op. Cit. p. 33 ss; Orestano, Ricardo. Op. Cit., p. 21 ss.

- a fim de instituir-se, ao lado das pessoas naturais, um segundo grupo de sujeitos de direitos, para não se infringir a concepção de que somente uma pessoa pode ter um patrimônio⁷. A fim de manter a estrutura, a harmonia, a tradição e o caráter ético de que somente pessoas podem ser sujeitos de direitos subjetivos, estabelece o ordenamento jurídico que formas de organização distintas da pessoa natural devem ser igualmente qualificadas como pessoa (jurídica)⁸.

Fixado este enquadramento pela dogmática jurídica, surge, lentamente, o seu paradoxo: o formalismo da pessoa jurídica pode dar margem a desvios, na medida em que sua reconhecida autonomia pode impedir que se responsabilizem aqueles que efetivamente detêm a gestão da pessoa jurídica, as pessoas físicas que a compõem.

Em face do incremento da utilização da técnica da personificação, devido à intensa atividade econômica no curso do século XX, realizada mediante novas técnicas empresarias que superam a figura subjetiva do comerciante e adotam a técnica objetiva da pessoa jurídica e da empresa, este risco deixa de ser apenas potencial e passa a constituir-se em um problema efetivo e considerável, que o ordenamento jurídico tem de necessariamente superar. Desenvolve-se, portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com o objetivo de superar as dificuldades teóricas decorrentes do rigor conceitual originário⁹. Em essência, constitui-se um novo estágio no plano dogmático, na medida em que se abandona a fase de plena conceitualização da técnica jurídica para o reconhecimento de que as figuras jurídicas norteiam-se pela funcionalidade.

No Direito brasileiro, esta percepção ocorre somente em um momento posterior. Apenas no final da década de sessenta, a doutrina terá sua atenção despertada para os problemas decorrentes da visão estrita da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes e a possibilidade de recorrer à teoria da desconsideração para solucioná-los¹⁰. Ingressa no cenário jurídico a referência à 'crise' da pessoa jurídica¹¹, no sentido de

7 Cf. a respeito, Galgano, Francesco. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*: Zanichelli, 1979, p. 93.

8 Nesse sentido, ver Cordeiro, Antonio Menezes. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*: Almedina. 2000, p. 73.

9 Cf. Serick, Rolf. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*: Giuffrè, 1966.

10 Neste sentido, ver Requião, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica* in *Revista dos Tribunais*. Vol. 410. p.10.

11 Ver, por todos, Oliveira, J. Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*: Saraiva, 1979, p. 103 ss.

ênfatizar a necessidade de revisão das bases normativas desse conceito¹². Pretende-se resgatar o real sentido da figura da pessoa jurídica e inserir a teoria da desconsideração em um quadro conceitual renovado¹³.

Em relação ao direito positivo, ocorreu a inserção da teoria da desconsideração no Projeto do Código Civil¹⁴. Contudo, esta iniciativa permaneceu paralisada no Congresso durante três décadas, até a sua promulgação em janeiro de 2002, quando o tema da desconsideração da pessoa jurídica passa a ser disciplinado na Parte Geral, no artigo 50, com o seguinte teor:

“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”¹⁵.

Em virtude da longa tramitação do Projeto do Código Civil, a teoria da desconsideração ingressou em nosso ordenamento positivo pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a matéria nos seguintes termos:

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

§ 1º (Vetado).

12 Cf. Oliveira, J. Lamartine Correa de, Op. Cit., p. 607

13 Ver Comparato, Fábio Konder, O Poder de Controle na Sociedade Anônima: Forense, 1983. p. 258 e ss.

14 Para uma visão geral, ver Requião, Rubens. Projeto de Código Civil – Apreciação Crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações) in Revista dos Tribunais, vol. 477/12, p. 19.

15 A redação original do Projeto era diversa: “Artigo 48 – A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”. Acerca desta redação, ver Requião, Rubens. Projeto de Código Civil, Revista dos Tribunais vol. 477/19.

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Posteriormente, outros diplomas legais também incorporaram essa concepção, como é o caso da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dispondo:

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que regula a responsabilidade por lesões ao meio ambiente, contempla o seguinte: “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Paralelamente a esta evolução legislativa, por força da influência doutrinária, verificou-se a paulatina aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na área do Direito do Trabalho. Não obstante o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1942, não contemplar um preceito específico sobre o tema, pretendeu-se extrair um suporte normativo para este efeito a partir do artigo 2º, § 2º, da CLT, cujo teor é o seguinte:

“Art. 2º (omissis)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Mas, em essência, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, essa legislação, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, constituem-se nos marcos legislativos para a aplicação da teoria da desconsideração no Direito Privado brasileiro. Ressalte-se que, o artigo 50, do Código Civil, por ser norma geral, teria aplicabilidade no Direito do Trabalho.



2. METODOLOGIA

O objeto de estudo da presente pesquisa foi a legislação brasileira, que permite a desconsideração da personalidade jurídica, e a jurisprudência, em torno dessa matéria, coletada nos seguintes tribunais: Superior Tribunal de Justiça; Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Regiões; Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho dos Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná, de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e da Bahia; e os Tribunais de Justiça dos mesmos Estados. Eventualmente foram citadas algumas decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, que concentram um grande número de causas envolvendo relações de consumo, as quais, todavia, não foram computadas na pesquisa – portanto, não integram o total de 830 acórdãos, abaixo referido. Ressalte-se que não foram encontradas decisões sobre o tema no Supremo Tribunal Federal.

Relativamente à pesquisa legislativa, foram estudadas disposições legais existentes no Código Civil, no Código Tributário Nacional, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) e na Consolidação das Leis do Trabalho.

A desconsideração da personalidade jurídica é objeto de discussão no Congresso Nacional e no Senado Federal, sendo inúmeros os projetos de lei que prevêm matérias de ordem substancial, como Direito Civil, Direito do Trabalho, e Direito Tributário, além de elementos processuais, com o intuito de ordenar e dispor sobre as matérias instrumentais, a fim de garantir os princípios processuais constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa.

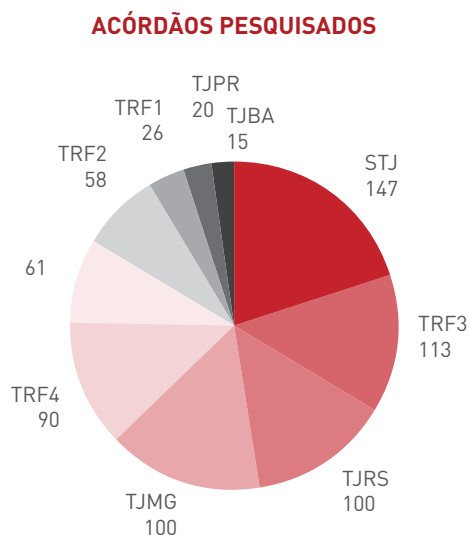
Os projetos de lei nºs 3.401/2008 (Dep. Bruno Araújo), 133/2007 (Dep. Flávio Dino) e 469/2009 (Dep. João Almeida) prevêm matérias fiscais, sendo que o primeiro amplia a proposta de modificação previdenciária. As questões de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho visam às possibilidades de alterações da CLT, as quais estão dispostas nos PL's nºs 5.328/2005 (Dep. Geraldo Resende) e 5.140/2005 (Dep. Marcelo Barbieri). A legislação civil (art. 50) está sendo disciplinada e questionada no PL nº 2.426/2003, proposto pelo Deputado Ricardo Fiúza. Ademais, o projeto de lei nº 4.298/2008, proposto pelo Dep. Homero Pereira, prevê a exigência de procedimento incidental nas execuções cível, fiscal, trabalhista.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

O método aplicado à análise jurisprudencial foi a consulta nas páginas eletrônicas dos tribunais citados, aos acórdãos pertinentes, mediante o critério de busca “desconsideração da personalidade jurídica” ou essas mesmas palavras em forma disjuntiva, e ainda conectadas com as situações de maior frequência na desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: abuso, fraude, dissolução irregular, confusão patrimonial e desvio de finalidade. Causas diversas de desconsideração da personalidade jurídica menos recorrentes foram agrupadas em categoria residual sob a rubrica de “outras”, como o mero inadimplemento obrigacional, a insuficiência da penhora, a violação da lei ou do contrato social e, particularmente, na defesa do consumidor, o vício do produto e a falta de indenização.

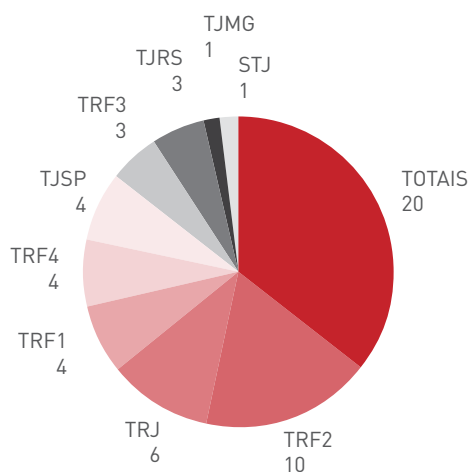
Assim, pode ser demonstrado sumariamente o resultado alcançado no seguinte quadro:

STJ	TRF1	TRF2	TRF3	TRF4	TJRS	TJBA	TJPR	TJMG	TJRJ	TJSP	Total
147	26	58	113	90	100	15	20	100	61	100	830



TRIBUNAL	Abuso	Confusão Patrimonial	Dissolução Irregular	Desvio de Finalidade	Fraude	Outros
TRF1	4	3	2	3	7	2
TRF2	10	3	4	4	5	12
TRF3	3	4	12	3	6	1
TRF4	4	5	12	2	8	1
TJRJ	6	2	1	0	3	3
TJBA	0	0	0	0	1	3
TJSP	4	3	12	1	3	4
TJPR	0	0	19	0	0	1
TJMG	1	2	18	1	1	4
TJRS	3	4	6	4	2	3
STJ	1	0	3	0	9	2
Totais	20	19	36	14	28	8

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA



Obs.: O quadro somente contém dados relativos aos fundamentos materiais da decisão de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, não incluindo outras circunstâncias encontradas nos acórdãos pesquisados, como os referentes aos aspectos processuais e extensão da responsabilidade dos sócios ou administradores. Por essa razão, e também porque não foram considerados, dentre os pesquisados, os acórdãos que denegaram a desconsideração da personalidade jurídica, a soma dos fundamentos é inferior ao respectivo número de acórdãos pesquisados em cada tribunal.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

Outras questões emergentes e igualmente relevantes na matéria são:

a) A definição da responsabilidade dos sócios, que dá lugar a indagações como:

- Somente os sócios administradores atuais podem ter o seu patrimônio alcançado pela desconsideração ou os do passado também?
- Somente os sócios majoritários ou também os minoritários?
- Podem ser alcançados os acionistas ou apenas os cotistas?
- Os sócios respondem na proporção de suas cotas ou solidariamente?

b) Os aspectos processuais:

- A decisão judicial de desconsideração da personalidade jurídica pode surpreender o sócio atingido, sob pena de ineficácia, sem ofensa aos princípios basilares do processo, tais como o contraditório e a ampla defesa?
- A desconsideração da personalidade jurídica deve ser decretada obrigatoriamente no primeiro grau?
- Tal decisão comporta exceção de pré-executividade?
- É aceitável a penhora *on line*, que já vem sendo praticada nessa matéria, especialmente na Justiça do Trabalho?

Nas questões processuais, apareceram pontualmente as seguintes exigências:

- Deve permitir produção de provas ao réu: 1 acórdão;
- Necessidade de contraditório: 3 acórdãos;
- O pedido de desconsideração deve constar na inicial e exige prévia citação: 1 acórdão
- A decisão de desconsideração não é cabível em sede recursal: 1 acórdão;
- A desconsideração da personalidade jurídica pode ser objetada em exceção de pré-executividade: 3 acórdãos;
- A decisão de desconsideração exige plena observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa: 1 acórdão.

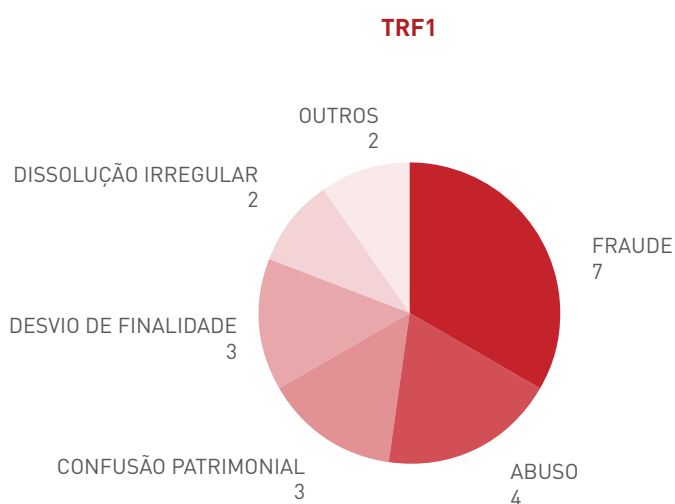
No seu desenvolvimento central, o trabalho procurou abordar os aspectos materiais e processuais da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista responder, ao final, à seguinte questão de fundo: a matéria deve continuar disciplinada de modo esparso como se apresenta até aqui na legislação brasileira ou convém a edição de uma norma central do sistema, justaposta a todos os ramos em que a desconsideração é aplicada, marcadamente no direito tributário, na defesa do consumidor, na justiça laboral e nas relações obrigacionais gerais? Além disso, quais são os cuidados a serem observados no aspecto processual?

É relevante observar que, enquanto nos aspectos materiais existe legislação, as questões processuais não encontram qualquer normatividade legal.

A resposta à indagação de fundo – deve haver ou não inovações legislativas na matéria e quais seriam elas? – levou em consideração a razão de ser da doutrina da desconsideração e a especificidade das leis em que se encontram abrigadas.

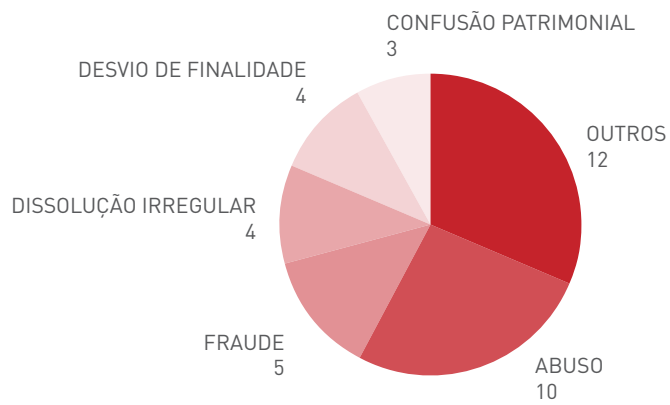
Complementarmente, os pesquisadores valeram-se de lições do direito comparado e da doutrina nacional.

Ilustrativamente podemos apresentar os resultados dos diversos tribunais da seguinte forma:

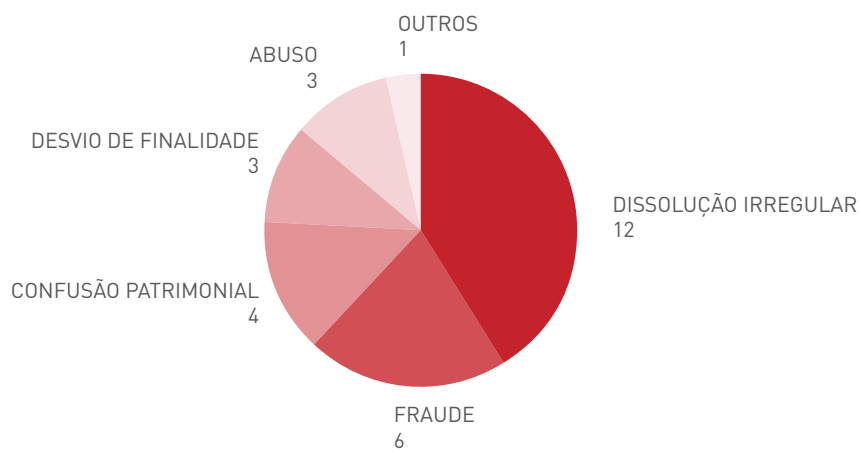


Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

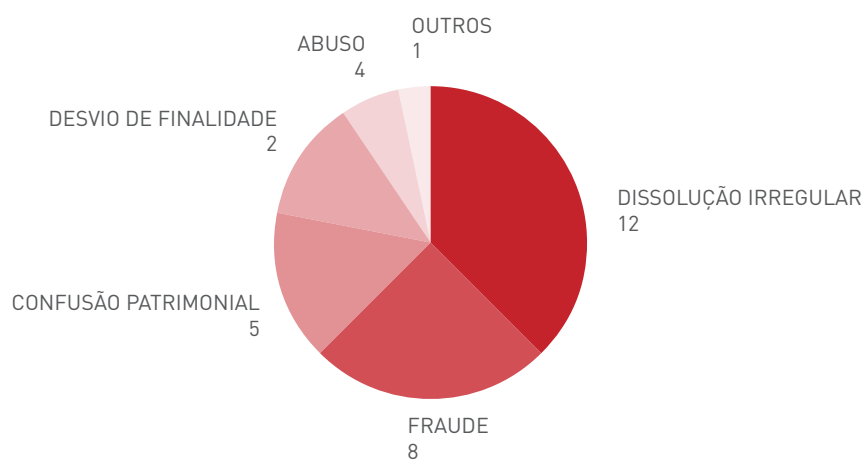
TRF2



TRF3

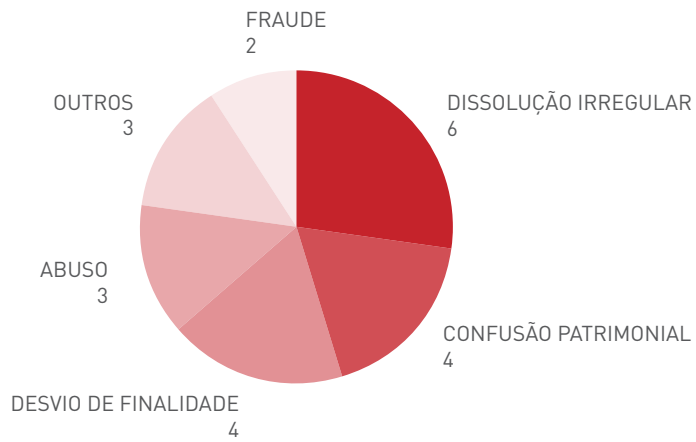


TRF4

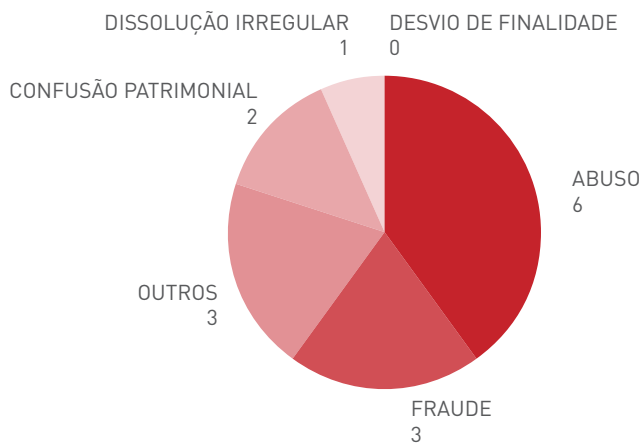


Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

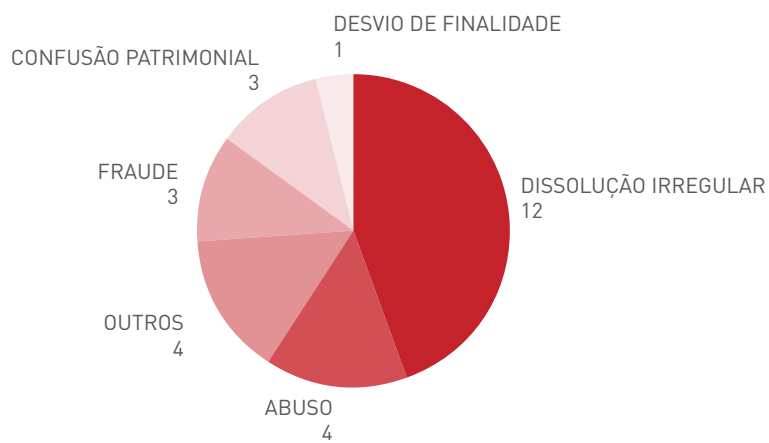
TJRS



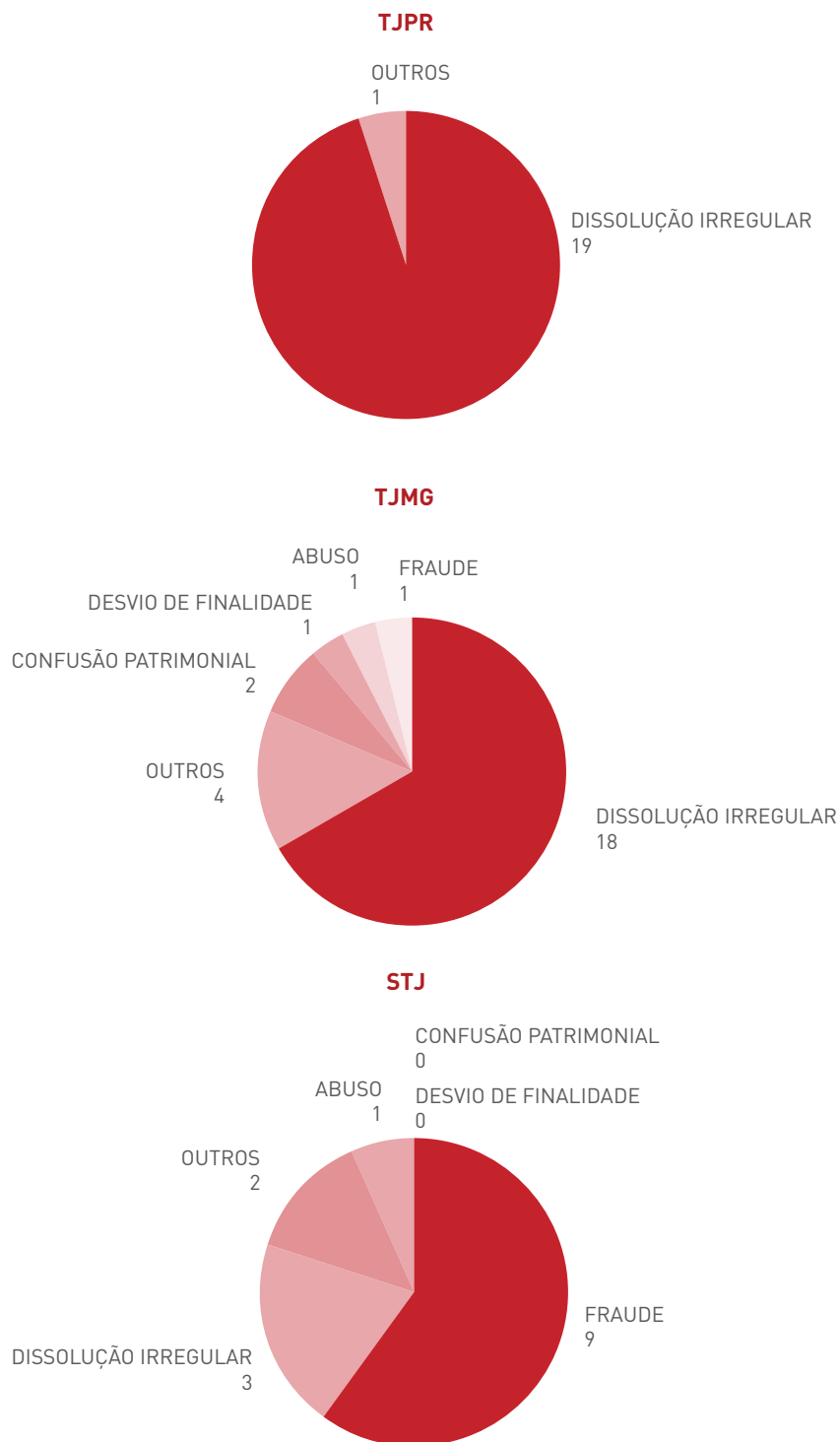
TJRJ



TJSP



Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça



Em resumo: partindo de documentação constituída da legislação e da sua interpretação jurisprudencial, a metodologia aplicada foi dedutiva, levando em consideração a função social da desconsideração da personalidade jurídica e os seus aspectos práticos, tanto no como aplicar (aspectos processuais) quanto no o que conseguir, qual seja, qual é o escopo que a decisão judicial visa alcançar em cada um dos ramos do direito em que a hipótese de *disregard the legal entity* se faz presente.

3. AS QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS RELACIONADAS À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 A DELIMITAÇÃO DA NOÇÃO DE ABUSO

O exame do artigo 50 revela, inicialmente, que a teoria da desconsideração está centrada no pressuposto geral de abuso da personalidade jurídica. Nos termos da solução legislativa adotada, esta se caracteriza precipuamente pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Partindo-se da premissa de que a pessoa jurídica constitui-se em centro autônomo de interesses jurídicos¹⁶, a sua conseqüência principal é a separação patrimonial. O abuso caracteriza-se pela circunstância do desvirtuamento desse benefício, estabelecendo-se a desconsideração como uma técnica para superar essa disfunção¹⁷.

A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.

¹⁶ Nesse sentido, Oliveira, J. Lamartine Correa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, p. 613; Comparato, Fabio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 286.

¹⁷ Nesse sentido, Comparato, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 286.

Muito embora o artigo 50 não faça menção explícita à situação de fraude – e esta exclusão foi objeto de crítica na doutrina nacional –¹⁸, o certo é que a formulação legal do Código Civil não exclui a possibilidade de que ocorra a desconsideração também nesse caso. Afinal, a fraude – que não deve ser confundida com a figura típica da fraude contra credores –¹⁹ se caracteriza pela conduta praticada pelo devedor no sentido de prejudicar seus credores e, nesse sentido, encontra-se abrangida pelo sentido amplo do conceito de abuso do direito da personalidade jurídica²⁰. A jurisprudência, em geral, tem adotado essa orientação²¹ e, em alguns casos, tem considerado como situação de fraude condutas como a de emissão de cheques sem fundo²².

18 Nesse sentido, Silva. Alexandre Couto e. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito brasileiro: LTR, 1999 p. 90.

19 Ressaltando a diferença, a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “DIREITO CIVIL. AÇÃO PAULIANA. FRAUDE CONTRA CREDITORES. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DISTINÇÃO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DO SÓCIO. TERCEIROS ADQUIRENTES. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. (...)Na fraude contra credores, tratando-se de alienação onerosa de bens, mister se faz comprovar a existência do consilium fraudis (...).No caso brasileiro, em razão das limitações previstas no próprio ordenamento jurídico, considera-se que a teoria da desconsideração decorre de conduta abusiva ou fraudulenta por parte de alguém que atua pela pessoa jurídica a saber, um sócio ou um administrador” (AG 2003.01.00.037057-1/BA, 6ª T., Rel. Desª Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 11/10/2004).

20 No mesmo sentido, cf. Xavier, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil, in Revista de Direito Privado, vol. 10, p. 69, 75.

21 Exemplo desta posição encontra-se na ementa da Ap. Civ. n. 70000534479, 6ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. 19.12.2001: “Estando a pessoa jurídica a encobrir interesses ilícitos de seu sócio, em prejuízo ao direito de crédito de terceiro, é de se aplicar a regra da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de assegurar que o bem do devedor, incorporado ao patrimônio da sociedade com o manifesto intuito de fraudar o credor, continue garantindo a execução através da penhora realizada”. Ver também a decisão proferida na Ap. Civ. 70000128686, da 13ª C. Civ. do TJRS, j. 15.06.2001: “Embargos de terceiro. Fraude à execução. Alienação de bem no curso da execução. Desconsideração da pessoa jurídica. Sócia gerente que transfere automóvel para o próprio filho”. No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1. Aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se demonstrado o intuito de fraudar credores. 2. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento” (TRF1, AG 2003.01.00.037057-1/BA, 6ª T., Rel. Desª Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 11/10/2004. O mesmo tribunal, julgando matéria tributária: “Devidamente comprovada a ação fraudulenta do embargante contra a legislação tributária, desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa para atingir o patrimônio do sócio. Inteligência do art. 135, III, do CTN” (AP. Civ. nº 2000.01.00.024026-4, 7ª T., Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 07/03/2006). E ainda: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – MEDIDA DE EXCEÇÃO – EXIGÊNCIA DE PROVA CABAL DA FRAUDE REALIZADA PELOS SÓCIOS I – A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica constitui medida de exceção ao princípio que lhe atribui existência e patrimônio distintos dos seus integrantes, só se justificando quando evidenciada a utilização da pessoa jurídica da empresa para acobertar fraude ou abuso de direito (art. 50 do NCC), o que exige prova cabal da fraude realizada pelos sócios ou administradores da pessoa jurídica” (TRF2, Ag. Instr. 2007.02.01.002845-8 UF, 7ª T. Especializada, Rel. Des. Reis Friede, j. 13/06/2007).

22 Cf. a decisão do Ag. Inst. 70005412812, da 12ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, j. 13.03.2003: “Penhora. Bens particulares dos sócios. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Emissão de cheque sem fundos. Desconsideração da personalidade jurídica. A emissão de cheque sem a suficiente provisão de fundos colore a figura da fraude, possibilitando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (Disregard of legal entity). A sociedade não pode servir de anteparo à fraude e à prática de atos contrários à lei, em detrimento de terceiros. Solidariedade do emitente do cheque pelo seu pagamento. Empresa que encerrou irregularmente suas atividades”.

A par do abuso de finalidade, o artigo 50 faz menção à confusão patrimonial como situação caracterizadora de desvio de finalidade da pessoa jurídica. Em relação ao abuso, a confusão patrimonial possui contornos mais rígidos. Tendo em vista que a pessoa jurídica constitui-se em sujeito de direito ou, como referido anteriormente, centro autônomo de interesses jurídicos, impõe-se que se estabeleça a separação entre o seu patrimônio e o das pessoas que a integram²³. Nos casos em que essa distinção não é preservada, é passível a presunção de que a pessoa jurídica não se constitui mais como um centro autônomo, cujos interesses devem ser preservados²⁴. Esta presunção, porém, pode não ser absoluta, cabendo à pessoa jurídica o ônus de explicitar as razões para esta circunstância.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado esta questão quando examina a aplicação da desconsideração em casos de grupo de sociedades. Considera-se possível atingir o patrimônio de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando a estrutura deste for meramente formal²⁵.

Na doutrina, transparece ainda a preocupação com a problemática da subcapitalização societária, situação em que a pessoa jurídica não possui capital social suficiente para satisfazer aos seus objetivos sociais²⁶. Em relação a esse tópico, tem-se procurado diferenciar as hipóteses de subcapitalização: de um lado, haveria casos em que ela é

23 Na doutrina, vislumbra-se a existência desse requisito, mesmo em casos de controle da sociedade por sócio majoritário, como sinal de preservação da finalidade da pessoa jurídica. Cf. Oliveira, J. Lamartine Correa de. A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 613.

24 Esta hipótese também se constitui em situação referida como ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica no Direito português. Cf. Cordeiro, António Menezes. O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial: Almedina, 2000, p. 116.

25 DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (...) Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular n. 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância a quo, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial. 5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.⁶ Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC. (RESP 1071643/DF 2008/0144364-9, 4ª T. do STJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 02/04/2009).

26 Cf. Oliveira, J. Lamartine Correa de. A Dupla Crise da Pessoa Jurídica. p. 612; Salomão Filho, Calixto. A Sociedade Unipessoal: Malheiros, 1993, p. 132; Xavier, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil, p. 81; Cordeiro, Antonio Menezes, Op. Cit., p. 118.

manifesta, por força da evidente insuficiência de fundos (subcapitalização qualificada); de outro, a subcapitalização não pode ser presumida (subcapitalização simples)²⁷.

Trata-se de caso não previsto expressamente pelo Código Civil de 2002²⁸, razão pela qual indaga-se se ele seria caso de desconsideração no Direito Civil brasileiro. O fato de não haver previsão expressa pelo artigo 50 não serve como razão para excluir-se essa hipótese do rol de situações caracterizadoras da desconsideração. No caso, é possível, a partir da noção de abuso, enquadrar sem maiores dificuldades a subcapitalização qualificada como situação societária passível de desconsideração da personalidade jurídica²⁹. O mesmo pode não suceder, porém, em casos de subcapitalização simples. Em face da inexistência de regra legal a exigir um capital mínimo para as sociedades personificadas, por exemplo, soa draconiano determinar a desconsideração nesse tipo de caso³⁰.

O exame das decisões encontradas aponta que a orientação predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça direciona-se no sentido de estabelecer que a desconsideração da personalidade jurídica somente é admissível quando se verifica o abuso de direito. Emblemática, nesse sentido, é a decisão proferida no RESP 6932235/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 17.11.2009³¹.

27 Nesse sentido, Salomão Filho, Calixto, Op. Cit., p. 132

28 Em sentido crítico acerca dessa omissão, ver José Tadeu Neves Xavier, Op. Cit., p. 81.

29 Exemplo desse caso observa-se em decisão proferida no Ag. Inst. n. 70005040928, da 16ª C. Civ do TJRS, rel. Des. Helena Ruppenthal Cunha, j. 04.12.2002: "aplica-se a teoria da 'disregard doctrine' quando a devedora, empresa familiar, não tem qualquer patrimônio, ao contrário do seu sócio, esposo da única sócia.

30 Nesse sentido, Calixto Salomão filho, Op. Cit., p. 132.

31 FALÊNCIA. ARRECAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. 3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por "possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada", o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.4. Recurso especial conhecido e provido".

A jurisprudência dos Estados tem procurado seguir os critérios legais para a aplicação da técnica de desconsideração³², estabelecendo que se trata de medida excepcional³³, a fim de ressaltar o risco eventual de banalização³⁴. A circunstância de não serem encontrados desde logo bens da pessoa jurídica, não deve configurar, de forma automática, uma hipótese de desconsideração³⁵.

Nesse caso, bem como em algumas situações, como no caso de a sociedade estar desativada, o exame das decisões revela que a aplicação da desconsideração não é automática, pois analisa-se o caso, a fim de valorar o fato concreto³⁶. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se a orientação restritiva, no sentido de não aplicar a desconsideração no caso de irregularidade formal, como a mudança de endereço, ou na hipótese de inexistência de patrimônio³⁷.

32 Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão do 1º TACivSP, j. 05.12.2001 in Revista dos Tribunais 799/274: "Sociedade comercial. Pretensão de que o patrimônio de sócio responda pelas dívidas da empresa. Admissibilidade somente se demonstrado de forma inequívoca que agiu com excesso de poderes, infração da lei ou do contrato social. Disregard doctrine que é exceção e não regra geral". É o caso igualmente da decisão do Ag. Inst. n. 70005132485, 6ª C. Civ. do TJRS, rel. Des. Antonio Guilherme Tanger Jardim, j. 20.11.2002: "Apenas a notícia de que a sociedade estaria desativada não justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bem particular do sócio, especialmente por se tratar de decisão interlocutória proferida sem prévio contraditório e por ter a executada oferecido bens à penhora, cuja avaliação não foi realizada para demonstrar eventual insuficiência".

33 "Processo Civil. Execução. Declaração de desconsideração da Personalidade Jurídica. Requisitos para aplicação do instituto não comprovados. Cuida-se de agravo de instrumento com o intuito de suspender a decisão que deferiu o pedido de desconsideração da pessoa jurídica da executada, determinando que a execução recaísse sobre o patrimônio dos sócios com a efetiva penhora para garantir o adimplemento da dívida. A aplicação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica é uma medida excepcional, que deve ser concedida para cada caso específico, diante de provas robustas de ocorrência das hipóteses legais que o autorizam, à exemplo da tentativa de lesar credores, dissolução irregular de pessoa jurídica, fraude na administração, dentre outros, devidamente comprovado nos autos, jamais em indícios. Não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, no processo de execução, se não restou configurada alguma das hipóteses legais que permita sua concessão". Ag. Inst. 58078-2/2009, 3ª C. Civ. do TJBA, Rel. Des. Josevando Souza Andrade, j. 10.11.2009.

34 Ag. Inst. 70032987075, 18ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 26.11.2009

35 Ver o Ag. Inst. n. 70004700621, 2ª Cam. Especial Cível do TJRS, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 24.04.2003.

36 Exemplificativa dessa tendência, é a decisão proferida no Ag. Inst. n. 70002583623, 13ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 20.02.2003.: "Responsabilidade dos sócios. Cabimento. Possível na espécie que se aplique a disregard doctrine, posto que a empresa executada não mais [vem] atuando no ramo de suas atividades, ainda que não arquivado qualquer distrato na Junta Comercial, inexistindo bens livres e desembaraçados em seu nome, havendo débito de valor considerável em sede da demanda executiva.

37 Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade [Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração], caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

De sorte que a eventual disparidade na aplicação da norma legal, como por exemplo na hipótese de pessoa jurídica desativada, deriva, em muitas ocasiões, de divergências fáticas que são ponderadas pelo magistrado³⁸.

Discute-se, por exemplo, se a comprovada cessação das atividades sem baixa na Junta Comercial pode ser vista como indício seguro de dissolução irregular³⁹. A prova da inatividade pode ser a certidão do Oficial de Justiça⁴⁰ ou prova emprestada de outro processo⁴¹. Na análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se, porém, orientação restritiva⁴².

Em relação aos efeitos da desconsideração, o artigo 50 dispõe que poderão estender-se aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Em face desta formulação, deve-se entender que a desconsideração deve atingir, em princípio, somente o sócio ativo, não afetando os bens de quem não mais figura como sócio da

(Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (RESP 970635 / SP 2007/0158780-8, 3 T. do STJ, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 10/11/2009).

38 É o caso da seguinte decisão, no Ag. Inst. 70005132485, 6ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Antonio Guilherme Tanger Jardim, j. 20.11.2002: "Desconsideração da Personalidade Jurídica. Penhora de bem particular do sócio. Ausência de fundamento. Apenas a notícia de que a sociedade estaria desativada não justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bem particular do sócio, especialmente por se tratar de decisão interlocutória proferida sem prévio contraditório e por ter a executada oferecido bens à penhora, cuja avaliação não foi realizada para demonstrar eventual insuficiência".

39 É o caso desta outra decisão do TJRS, no Ag. Inst., 70034395673, 9ª C. Civ., Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira, j. 01/02/2010: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. Cabível o pleito de desconsideração da personalidade jurídica da executada, porquanto comprovada a dissolução irregular. Caso concreto em que não foi providenciada a baixa na Junta Comercial, ao passo em que o próprio administrador refere a cessação das atividades. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

40 Nesse sentido, exemplificativamente, a decisão do Ag. Inst. 2007.03.00.095583-1, 6ª Turma do TRF 3, Rel. Des. Lazarano Neto, j. 03/07/2008: "[...] Do exame dos autos, infere-se que a sociedade teria sido dissolvida irregularmente, porquanto informado pelo próprio agravante que a executada teria encerrado suas atividades no ano 1.998(Certidão do Sr. Oficial de Justiça às fls.47). [...]".

41 O mesmo tribunal, no Ag. Instr. 2007.03.00.100295-1, 6ª Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, j. 15/05/2008: "[...] Do exame dos autos, infere-se que a sociedade teria sido dissolvida irregularmente, porquanto informado pela União às fls. 395/396 dos autos de origem que a própria executada teria comparecido aos autos do processo nº 308/98 para informar que o seu faturamento limitava-se a um arrendamento de um imóvel rural. [...]".

42 COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO PADEÇA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DECLARAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE À PRESUNÇÃO DE FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. ARTS. 592, II E 596 DO CPC. NORMAS EM BRANCO, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS DE FORMA SOLITÁRIA. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR E DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTES. (RESP 876974/SP 2006/0180671-8, 3 T. do STJ, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 09/08/2007).

pessoa jurídica⁴³. Encontra-se esta orientação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴.

Na mesma linha, em princípio, há que se procurar delimitar a desconsideração aos bens do sócio que deva ser responsabilizado pela eventual conduta abusiva da personalidade jurídica⁴⁵. Essa premissa, todavia, não colhe unanimidade, quando há indícios de que o sócio sem poderes de gestão tenha participado de fraude⁴⁶, particularmente de manobras para a dissipação do patrimônio de empresa falida⁴⁷ ou quando a dívida foi contraída na época que ainda havia o vínculo societário posteriormente extinto⁴⁸. Por fim, cumpre indagar se a desconsideração aplica-se de forma solidária. Tendo em vista que o artigo 50 não estabeleceu de forma expressa essa consequência, cumpre considerar inexistente a solidariedade, em face da noção geral de que a solidariedade não se presume (artigo 265).

43 A este respeito, ver a orientação jurisprudencial indicada por Silva, Alexandre Couto e. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro, p. 154.

44 COMERCIAL. DESPERSONALIZAÇÃO. SOCIEDADE POR AÇÕES. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. A despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os sócios-gerentes; não quem tem apenas o status de acionista ou sócio. (RESP 786345/SP 2005/0166348-0, 3 T. do STJ, Min. Rel. Ari Pargendler, j. 21/08/2008).

45 Carlos Alberto Menezes Direito refere decisão proferida no Ag. Reg em RESP 86.502-SP, , 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, afastou-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para não prejudicar sócio, avalista, que não poderia ser responsabilizado por litigância de má-fé, referente ao comportamento exclusivo da sociedade avalizada. Cf. A Desconsideração da Personalidade Jurídica in Aspectos Controvertidos do novo Código Civil: RT, 2003, p. 87, 95.

46 Assim a decisão do Tribunal Regional da 1ª Região no Ag. Inst. 2007.03.00.100295-1, 7ª Turma, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, j. 02/06/2004: "A existência de fortes indícios de fraude autoriza medidas assecuratórias contra os devedores, ainda que desprovidos do "poder de gestão", por isso que matéria probanda, própria, se o caso, dos embargos à execução. Somente pela via ordinária (exercício do contraditório) se poderá definir a real participação de cada sócio nas empresas, como os poderes que detinham e quais atos que praticavam. Possível fraude ocorrida, ademais, pode levar à "desconsideração da personalidade jurídica" (que não se confunde com "responsabilidade tributária solidária"), atingindo seus sócios, independentemente do "poder de gestão" ou de configurar sua submissão (da empresa) ao interesse maior do grupo econômico".

47 Assim no Ag. Inst. 70030244172, 6ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 17/12/2009: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. EX-ADMINISTRADOR QUE MESMO CONTRATUALMENTE NÃO FIGURANDO COMO SÓCIO DA EMPRESA FALIDA, FATICAMENTE PARTICIPOU DAS MANOBRAS PARA A DISSIPAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA FALIDA. CONJUNTO DOS AUTOS QUE APONTA PARA A NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FORMA DE GARANTIR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS PELA FALIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO".

48 Nesse sentido ainda o TJRS no Ag. Inst. 70029876299, 12ª C. Civ., Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 19/11/2009: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Alegação de ilegitimidade baseada no argumento de que a recorrente não seria sócia da empresa. Dívida contraída enquanto sócia da empresa. Alteração contratual de retirada da sócia que não sofreu o devido registro na Junta Comercial. Ausência de efeitos contra terceiros. Responsabilidade mantida. AGRAVO NÃO PROVIDO".

Impõe-se fazer menção, ainda, ao tema da desconsideração inversa. Nesta hipótese, ocorre a responsabilidade da sociedade por dívidas do sócio que transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle, de tal modo que exista um uso instrumental da sociedade para fugir às suas obrigações comerciais. Não obstante seja admitida em nosso ordenamento, a jurisprudência a reputa como medida excepcional, exigindo a demonstração consolidada de fraude⁴⁹.

No âmbito da Justiça Federal, o Enunciado nº 283, do Centro de Estudos Judiciários, proclama que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

Invocando esse enunciado, a desconsideração inversa foi aplicada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob o fundamento de que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é instrumento para o alcance da função social da empresa, pressupondo que ela funcione em consonância com os princípios da ordem econômica, definidos no art. 170, da Constituição Federal. Havendo desvirtuamento dessa função, o patrimônio da empresa pode responder pelas dívidas constituídas em nome dos sócios⁵⁰.

A desconsideração inversa também é cogitada nos casos de sonegação fiscal, quando o empresário sofre a ação penal correspondente, recaindo os efeitos da sentença condenatória sobre a empresa. Nesses casos, porém, há divergência, como demonstram dois acórdãos com orientações distintas, ambos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No primeiro acórdão, a 2ª Turma entendeu:

(...) Perfeitamente cabível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, constringindo bens da empresa para assegurar a satisfação da indenização que porventura vier a ser fixada em ação penal a que respondem seus sócios, especialmente quando a sociedade empresária foi utilizada por seus representantes legais para o cometimento do

49 Ag. Inst. 2010.002.00475, 2ª C. Civ. Do TJRJ, Rel. Des. Leila Mariano, j. 12/02/2010. “Ação de Execução por título extrajudicial. Penhora. Requerimento de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Descabimento. Medida que se reveste de caráter excepcional, pressuposto fortes indícios que levem ao cometimento de fraude por parte do devedor, procedendo ilegalmente à transferência de seu patrimônio à sociedade sob seu controle com o objetivo de burlar a cobrança por dívida pessoal. Ônus do qual não se desincumbiu a agravante. Negativa de seguimento do recurso”.

50 Ag. Inst. 2009.04.00.007377-8, 2ª Turma do TRF4, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 26/09/2009.

crime, em desconformidade com o ordenamento jurídico e mediante fraude e ademais em benefício da pessoa jurídica⁵¹

Entendimento contrário foi firmado pela 1ª Turma, ao argumento de que obrigar a constrição sobre o patrimônio da empresa implica violação ao princípio da personalidade da pena⁵²- entendimento este que já fora acolhido pela 1ª Seção do mesmo tribunal em dois mandados de segurança⁵³.

Cumprido salientar que, a redação dada ao artigo 50 pelo codificador, prima por uma certa fluidez terminológica, como se percebe pelo emprego da expressão “efeitos de certas e determinadas relações jurídicas” aos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica. Intui-se que ele pretendeu expressar a idéia de que o ato judicial provocará apenas a suspensão da eficácia da personalidade do ente abstrato, sem que isso acarrete a dissolução da sua personalidade jurídica. Contudo, poderia alcançar o mesmo propósito recorrendo ao termo já consagrado da desconsideração da personalidade jurídica.

3.2 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em alguns casos, acentua-se a necessidade de resguardo do devido processo legal, a fim de garantir ao devedor a observância dos requisitos formais de defesa⁵⁴. Na

51 ACR 2004.61.08.004973-0, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, j. 28/04/2009.

52 PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA DE ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL E ARRESTO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. MEDIDA REQUERIDA CONTRA OS RÉUS DA AÇÃO PENAL E TAMBÉM CONTRA A PESSOA JURÍDICA. INADMISSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA DOUTRINA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA.(...) A pretensão do Ministério Público Federal de assegurar o pagamento da sanção pecuniária e das custas processuais esbarra no disposto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (ACR 2005.61.08.002558-3, ratificado na ACR 2004.61.08.004616-8, ambas da 1ª Turma e da relatoria do Juiz convocado em substituição Márcio Mesquita, j. 08/12/2009.

53 A saber: MS 2004.03.00.010159-2 e MS 2004.03.00.018416-3, ambos da 1ª Seção e da relatoria do Juiz convocado em substituição Márcio Mesquita, j. 28/04/2009.

54 Cf. decisão proferida no Ag. Inst. n. 70008571408, 12ª C. Cível do TJRS, rel. Marcelo Cezar Muller, j. 16.04.2004: “A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que exige o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou o abuso de direito em prejuízo de terceiros, requisitos este aliados à flagrante injustiça, devendo ser comprovados sob o amparo do devido processo legal”. Outra decisão que não somente valoriza, mas também concretiza o devido processo legal é a seguinte: EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DE BEM DO SÓCIO. CITAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. PARA QUE OS BENS DE SÓCIO SEJAM OBJETO DE PENHORA POR DÉBITOS DA SOCIEDADE EXECUTADA, IMPÕE-SE SUA CITAÇÃO NO PROCESSO E SUA INSERÇÃO COMO PARTE NA EXECUÇÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. [Ag. Inst. 0009548-98.2010.8.19.0000, 5ª C. Civ do TJRJ, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 05/03/2010].

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se orientação de que o sócio, atingido pela medida da desconsideração, deve ser citado⁵⁵. Trata-se de corolário lógico de outra orientação, a de que o sócio, atingido pela figura da desconsideração, torna-se parte no processo⁵⁶.

A circunstância de o sócio ser parte no processo conduz a outra conclusão, no sentido de que ele poderá manejar a medida de embargos de devedor, a fim de defender-se no processo de execução⁵⁷.

Muito embora a solução do artigo 28 pareça draconiana, a jurisprudência tem procurado vincular sua aplicação à presença das hipóteses legais e exigido a observância de cautelas materiais de defesa⁵⁸.

55 PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes. 4. Recurso especial não-conhecido. (RESP 686112/RJ 2004/0133803-4, 4. T do STJ, Min. Rel. João Otávio De Noronha, j. 08/04/2008).

56 RECURSO ESPECIAL - SOCIEDADE ANÔNIMA - EXECUÇÃO FRUSTRADA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO OCORRÊNCIA - JULGAMENTO 'EXTRA PETITA' - INEXISTÊNCIA - REVOLVIMENTO FÁTICO - INADMISSIBILIDADE - DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. I - Havendo encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, o magistrado não se encontra obrigado a responder todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos. II - Não há falar em julgamento extra petita quando o tribunal aprecia o pedido por outro fundamento legal. Em outras palavras, o juiz conhece o direito, não estando vinculado aos dispositivos citados pelas partes. III - No âmbito do recurso especial, não há como se reavaliar entendimento firmado pelo tribunal estadual com espeque nas provas dos autos (Súmula 7/STJ) IV - O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo. V - Não se conhece do recurso pela alínea "c" quando não demonstrada similitude fática apta a configurar a alegada divergência interpretativa entre os julgados confrontados. Recurso especial não conhecido. (RESP 258812/MG 2000/0046110-5, 3 T. do STJ, Min. Rel. Castro Filho, j. 29/11/2006).

57 PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. LOCAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA POR PARTE DO SÓCIO MINORITÁRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Havendo desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser parte no processo de execução, pelo que se mostra cabível o oferecimento de embargos do devedor, e não de terceiros. Precedentes. 2. É impossível, na estreita via do recurso especial, analisar a existência, ou não, de conduta culposa da sócia minoritária a autorizar a despersonalização da personalidade jurídica da sociedade, por demandar o reexame do conjunto probatório. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no Ag 656172/SP 2005/0016203-2, 5ª T. do STJ, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 04/10/2005).

58 Cf. a respeito a decisão proferida na Ap. Civ. 70001712165, da 6ª C. Civ. do TJRS, Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier: "Ação civil pública visando a proteção de direitos de consumidores por abuso de direito, violação a direitos e propaganda enganosa. Desconsideração da personalidade jurídica e inversão do ônus da prova. Inquérito civil público e colheita de prova que ensejou a propositura da ação sem

Importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que é possível a desconstituição da personalidade jurídica no âmbito do processo de execução, independentemente de ação própria⁵⁹.

3.3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA CONFIANÇA

O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira legislação a dispor de forma expressa sobre a problemática da desconsideração da personalidade jurídica no citado artigo 28.

Uma análise primeira desse dispositivo poderia levar à conclusão de que o legislador teve como parâmetro a restrição ao desvirtuamento da pessoa jurídica por parte de seus integrantes. A formulação do *caput* desse dispositivo legal incorpora inúmeros casos relacionados com essa questão:

“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 de pessoas jurídicas provocado por má administração”.

A leitura do *caput* do artigo 28 permite a conclusão de que o legislador agregou diversos tipos de circunstâncias relacionados com o inadimplemento ao credor da pessoa jurídica. Pode-se tentar reuni-los em esferas distintas⁶⁰: de um lado, situações decorrentes do desvirtuamento da pessoa jurídica, representados pelo abuso de direito, excesso de poder e a má administração que acarrete sua falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade; de outro, o descumprimento de deveres objetivos da pessoa jurídica, como é

o devido acompanhamento dos requeridos. Cerceamento do direito de defesa. Prova não submetida ao contraditório. Desconsideração da personalidade jurídica indeferida. O inquérito civil público, por sua natureza e objetivo, deve assegurar aos investigandos o direito ao contraditório e à ampla defesa, razão pela qual devem ser cientificados na abertura do procedimento. A desconsideração da personalidade jurídica deve observar as hipóteses legais. Não comprovadas tais hipóteses, descabe co-responsabilizar os sócios da pessoa jurídica.

59 RESP 1071643/DF, 2008/0144364-9, 4ª T. do STJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 02/04/2009.

60 Neste sentido, cf. Cristian Gloger, A Responsabilidade Civil dos Sócios de uma Sociedade Limitada em Relações de Consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC, in RDC, vol. 54, p. 77, 88.

o caso da infração à lei⁶¹ ou violação do contrato social.

No entanto, o dispositivo nevrálgico do Código do Consumidor relativamente à matéria aqui versada encontra-se no § 5º do artigo 28, cujo teor novamente se transcreve: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Muito embora possa ser feita a crítica no sentido de que a formulação do Código de Defesa do Consumidor é excessivamente abrangente, ao compreender diversos grupos de casos⁶², o fato é que sua concepção fundamental parte de um pressuposto único: reunir, efetivamente, o maior número possível de circunstâncias aptas a trazer prejuízo para o consumidor.

O modo como esse dispositivo legal prescreve a solução para a desconsideração da personalidade jurídica demonstra que o objetivo do legislador foi o de propiciar aos consumidores uma modalidade de tutela específica em relação à possibilidade de inadimplemento por parte da pessoa jurídica fornecedora de produtos e serviços.

Na atualidade, quando se tem a possibilidade de confrontar o texto do caput do artigo 28 em relação ao já citado artigo 50 do Código Civil, percebe-se que a Lei de defesa do consumidor abrange um leque de situações muito mais amplas, em que prepondera um enfoque objetivo.

61 Oportuna aplicação do art. 28, caput, nessa hipótese, fez o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na AG 2007.04.00.009201-6, Relatora para o acórdão a Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, j. 03/10/2007: “[...] 1. Na exploração comercial do jogo, há evidente relação de consumo, na qual os cidadãos são atraídos às casas de bingo sem que o poder público possa lhes garantir um mínimo de regularidade nos sorteios, nas premiações e na destinação legal dos valores arrecadados. Assim, aplicável ao caso, o Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 28 (Lei 8.076/1990), dá amparo ao pedido recursal da União. 2. O enfrentamento ao exercício ilegal da atividade de jogos de bingo tem sido uma verdadeira cruzada por parte da União, do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e de outras tantas entidades. As ações são inúmeras e os resultados, em face da insistência de determinados empresários do setor em persistir com a atividade, nem sempre são tão eficazes. 3. Não é raro que os empresários do ramo utilizem como artifício para a manutenção da atividade ilícita a apresentação de contrato social diverso, com o intuito de burlar decisões judiciais, como reiteradamente noticiado pela imprensa. Estes fatos dão suporte ao pedido da agravante e, no meu entender, somente com medidas direcionadas aos sócios destas respectivas pessoas jurídicas é que se poderá tornar efetiva a prestação jurisdicional perseguida pelas mais diversas entidades públicas preocupadas em combater dita atividade ilícita. [...]”. A decisão seguiu o precedente aberto no AG nº 2005.04.01.024436-9/RS, TRF-4ª Região, Relator o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 12/09/2005.

62 Ver, por exemplo, Alberton, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais in Revista Ajuris, vol. 54, 1992, p. 147, 168.

Nesse contexto, o dispositivo do artigo 28, caput, permite ao juiz a aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em situações claramente prejudiciais ao consumidor: é o caso de diversidade de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, com o mesmo endereço, que não são encontradas⁶³ ou de empresas familiares faticamente interligadas⁶⁴.

Sobressai, nesse contexto, o referido § 5º do artigo 28, cuja solução, por sua amplitude, tem sido objeto de debates. De um lado, sofre cerradas críticas⁶⁵: não se aceita que possa configurar-se a desconsideração da pessoa jurídica apenas pelo fato de que sua personalidade autônoma constitua, de alguma forma, um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores⁶⁶. De outro, obtém louvor, sob o argumento de constituir-se no dispositivo nuclear da teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁷, bem como pelo fato de revelar a preocupação clara do legislador em proteger o consumidor⁶⁸.

Em essência, enquadra-se como teoria menor da desconsideração, pois parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas

63 Ver por exemplo a seguinte decisão na Ap. Civ. 70006182869, da 18ª C. Civ. do TJRS, rel. Des. Breno Pereira de Vasconcellos. "Ação rescisória de contratos, cumulada com repetição de valores. Time Sharing. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Sucessivas alterações de contratos sociais, a dificultar a defesa dos interesses do consumidor. Artigo 28 do CDC. Pessoas jurídicas com mesmo domicílio. Teorias da aparência e desconsideração da personalidade jurídica. No mesmo sentido, decisão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul no Recurso Cível 71001792225, Rel. Juíza de Direito Vivian Cristina Angonese Spengler, j. 20/05/2009: "CONSUMIDOR. COMPRA DE COLCHÃO COM GARANTIA DE DEZ ANOS. OCORRÊNCIA DE AFUNDAMENTOS COM MENOS DE DOIS ANOS DE USO. TENTATIVA DE RESSARCIMENTO FRUSTRADA. FECHAMENTO DE FILIAIS E SEDE. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. CABIMENTO COM FULCRO NO ART. 28 §5º CDC. (...)".

64 É o caso da decisão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul no Recurso Cível 71001790930, Rel. Juíza de Direito Vivian Cristina Angonese Spengler, j. 31/10/2008: "EMBARGOS A EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. EMPRESAS FAMILIARES INTERLIGADAS FATICAMENTE E BAIXADAS NA MESMA DATA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DE JULGADO ANTERIOR CONTRA OS SÓCIOS. (...)".

65 Cf. Villela, João Baptista. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, in Repertório IOB, jurisprudência, vol. 11/1991; Alberton, Genacéia da Silva, A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais, p. 168; Cristian Gloger, A Responsabilidade Civil dos Sócios de uma Sociedade Limitada em Relações de Consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC, p. 104.

66 Ver, por exemplo, Alberton, Genacéia da Silva, Op. Cit., p. 168.

67 Nesse sentido, cf. Gustavo Tepedino/Heloisa Helena Barbosa/Maria Celina Bodin de Moraes, Código Civil Interpretado, vol. 1: Renovar, 2004 p. 127.

68 Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2002, p. 1062.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

obrigações⁶⁹ ou de insuficiência da penhora,⁷⁰ independentemente de existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. E justamente em razão da menor exigibilidade dos requisitos, a norma especial do CDC deve cingir-se às relações de consumo, sem o alargamento da aplicação analógica⁷¹.

Emblemática neste sentido é a seguinte decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 279.273/SP, Relator para o acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/12/2003, vencidos os Mins. Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito⁷². Esta orientação é seguida na jurisprudência dos Estados⁷³.

69 Nesse sentido a decisão do TJRS na Ap. Civ. 70031625155, 20ª C. Civ., Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, 02/12/2009. No mesmo sentido, quanto à desconsideração como efeito do inadimplemento, a decisão do mesmo tribunal no AI 70032657991, 9ª C. Civ., Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira, j. 25/11/2009; e ainda as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul nos seguintes Recursos Cíveis: RC 7100874503, Rel. Juíza de Direito Maria José Schmitt Sant'Anna, j. 28/03/2006; RC 71002109536, Rel. JD Ricardo Torres Hermann, j. 24/09/2009. Observa-se no Rio de Janeiro a mesma tendência, conforme ilustra, entre outras, a decisão da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis no Recurso 2009.700.012449-7, Rel. Juíza de Direito Carla Silveira Correa, j. 19/03/2009.

70 Assim, exemplificativamente, a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, no Recurso 2009.700.074551-0, Rel. Juíza de Direito Carla Silveira Correa, j. 10/11/2009.

71 Nesse sentido a decisão do TJRS na Ap. Civ. 70034016756, 18ª C. Civ. Rel. Nara Leonor Castro Garcia, j. 23/12/2009; "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CDC. REGRAMENTO PRÓPRIO NO NCCB. NECESSIDADE DE MELHOR PROVA ACERCA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA EXECUTADA. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO".

72 "Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos."

73 Embargos de declaração em agravo de instrumento. Execução de título judicial. Insolvência da empresa. Desconsideração da personalidade jurídica. Execução do patrimônio do ex-sócio. Possibilidade. Aplicação da teoria menor. Artigo 28 do Código de defesa do consumidor. Desnecessidade de instauração de incidente processual. Defesa a ser promovida por meio de embargos do devedor". (Emb.

Cuida-se, em essência, de norma imbuída do objetivo de resguardar a tutela da confiança no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴. Classicamente, a preocupação com o respeito à confiança estaria centrada no campo dos negócios jurídicos, com base na noção de que esta figura deriva de uma manifestação de vontade. Cumpriria, portanto, ao emitente responder pela quebra da expectativa gerada no destinatário da declaração⁷⁵.

Em essência, a tutela da confiança vincula-se à necessidade de resguardar a segurança jurídica no tráfico negocial, em circunstâncias em que uma situação jurídica aparente é estabelecida ou assegurada pela ordem jurídica, a fim de resguardar uma expectativa criada por uma das partes em relação à outra⁷⁶.

Nesse sentido, tem sido salientado que a tutela da confiança tem igualmente funções gerais que se irradiam para toda a ordem jurídica⁷⁷. Além disso, encontra fundamentação em uma necessidade ética, que pode ser extraída do princípio da boa-fé⁷⁸.

Nesse contexto, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que determina a superação da personalidade jurídica nas hipóteses em que o consumidor não obtém ressarcimento possui um fundamento teórico-jurídico, que se vincula a um dos princípios gerais do direito.

É certo que essa solução pode ser vista como uma clara ruptura em relação à teoria tradicional da pessoa jurídica e mesmo em relação às primeiras elaborações da teoria da desconsideração, acarretando uma situação de insegurança jurídica no tráfico negocial⁷⁹. Além disso, traz em si o perigo de um certo ativismo judicial, na medida em que a teoria da desconsideração poderá ser empregada apenas em virtude do inadimplemento em relação ao credor.

Declaração n. 73593-7/2009, 3ª C. Civ., Rel. Josenvando Souza Andrade, j. 15/12/2009).

74 Sobre a teoria da confiança em geral, ver, exemplificativamente, Canaris, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftungshaftung im deutschen Privatrecht: Beck, Munique, 1971, p. 9 ss; no direito brasileiro, Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 978.

75 Ver, por exemplo, Wolff, Larenz. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.: Beck, 8ª ed, Munique, p. 549.; Schwab, Dieter, Einführung in das Zivilrecht: C.F., 15a ed, Müller, 2002, p. 225.

76 Cf. Canaris, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, p. 1

77 Nesse sentido, Canaris, Claus-Wilhelm, Op.Cit. p. 3.

78 Ver Canaris, Claus-Wilhelm Op.Cit., p. 266.

79 Cf. Christian Gloges, A Responsabilidade Civil dos Sócios de uma Sociedade Limitada em Relações de Consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC, p. 105.

Em princípio, esses riscos não podem ser simplesmente desconsiderados. Há que se ponderar, porém, que o interesse prevalente no caso é a proteção do contratante frágil, personificado no nomen juris consumidor, como aquele que detém menores condições de informação relativamente à pessoa jurídica com quem contratou.

De sorte que a fórmula geral do artigo 28 corresponde a um instrumento para o reequilíbrio contratual entre as partes integrantes de uma relação jurídica, em que uma delas encontra-se – presumidamente – em uma posição de desigualdade frente à outra e em que se procura evitar que a simples forma *juris* da personificação possa acarretar à parte presumida como mais fraca um desequilíbrio ainda maior, representado pela impossibilidade de obtenção do ressarcimento de seus eventuais créditos. Em essência, resguarda-se a expectativa, a confiança da parte frágil (consumidor) e obedece-se a um preceito constitucional (artigo 170, V, da Constituição Federal), que erige a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Em suma, muito embora a formulação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor possa parecer uma ruptura em relação à teoria geral da desconsideração, ela, na verdade, pode ser harmonizada com os princípios gerais do Direito Civil: no caso, com o da tutela da confiança. Nesse contexto, sua inserção no ordenamento de direito privado brasileiro tem plena justificativa, ainda mais quando se tem presente o fato de que a proteção do consumidor corresponde a um anseio de alcançar a justiça material. .

3.4 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é comumente utilizado no Direito do Trabalho atingindo os bens dos sócios para o pagamento de condenações judiciais decorrentes da relação de trabalho, sob o amparo doutrinário da teoria menor, bastando a inexistência de bens patrimoniais da empresa, então condenada, para que se justifique a desconsideração da personalidade jurídica.

Consoante se referiu na parte introdutória, inexistem dispositivos específicos na CLT, de forma que, a par do preceito do artigo 2º, §2º, os julgadores elaboram suas decisões baseando-se nos dispositivos do direito comum, como aquele disposto no art. 50, do CC, e nos demais ordenamentos legais, ainda que especiais, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 28), além dos dispositivos do ordenamento fiscal tributário, como os artigos 134, VII e 135, III, do CTN.

Comparam os julgadores trabalhistas as facilidades de aplicação da desconsideração, tal como possibilitado no Código de Defesa do Consumidor, vez que rasas são as proteções empresariais aos sócios em casos de consumo. Aliás, em sua maioria, os magistrados entendem como mais justa a aplicação da desconsideração na relação de trabalho, onde a natureza do crédito, via de regra, é salário, possuindo, portanto, caráter alimentar (a saber, as remunerações são elementos de superior importância por se tratar de direito fundamental⁸⁰ para a subsistência do indivíduo face, justamente, ao seu caráter alimentar⁸¹). Ademais, relacionam-se ambas as matérias em face à hipossuficiência, seja do consumidor, seja do empregado, no intuito de equilibrar as relações jurídicas assegurando mecanismos de proteção aptos a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional⁸².

Sinalam os julgadores que os riscos da atividade empresarial⁸³ não podem recair a cargo do empregado, e sim do empresário, por sua natureza, o qual, visando o lucro, se beneficiou da força de trabalho e do benefício econômico que usufruiu em decorrência da mão-de-obra contratada, forte no que dispõe o art. 2.º da CLT. Considera-se que, em uma relação entre o empregado (hipossuficiente) e empregador (detentor do poder econômico), não basta uma contraprestação pecuniária em troca de mão-de-obra, pois a responsabilidade sobre o negócio cabe exclusivamente ao empreendedor.

80

81 "Ora, se é perfeitamente possível e aplicável a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade em favor do consumidor e da ordem econômica, muito mais o é em favor do empregado, principalmente se considerarmos o caráter alimentar das verbas trabalhistas e o fato de que o risco do empreendimento constituiria ônus que não pode ser repassado ao trabalhador (art. 2.º da CLT), dado que este não recebe os lucros da empresa." Processo TRT/BH 00860-2005-081-03-00-4-AP.

82 Neste sentido, Nascimento, Amanda Gomes. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Justiça do Trabalho: Porto Alegre. V. 24, n. 277, 2007, p. 64.

83

Em verdade, como se pode observar na grande maioria dos arestos, mesmo que mencionados no fundamento das decisões, não observam os tribunais em análise, os requisitos impostos no Código Civil (art. 50), como o abuso de direito, a má administração, e a insolvência⁸⁴. Para eles, basta a mera inexistência de bens da empresa, somadas à falta de condições financeiras para cumprir o contrato de trabalho, para que se caracterize a má administração⁸⁵, ou mesmo a dissolução irregular⁸⁶, justificando-se então a desconsideração da personalidade jurídica.

Contudo, entendem que só é aplicável a desconsideração quando comprovado nos autos do processo o esgotamento financeiro, com impossibilidade de buscar bens da empresa, em prática demonstração de que a mesma esteja em estado de insolvência; ou ainda, por simples fato de não possuir a empresa idoneidade financeira⁸⁷ (o popular crédito na praça).

Portanto, verifica-se que, no âmbito da Justiça do Trabalho, a simples inexistência de bens por parte da pessoa jurídica já é requisito essencial, e único, para atingir o patrimônio dos sócios⁸⁸. Subentende-se que, se o sócio possui bens, e a sociedade não, mesmo que a empresa tenha havido uma regular dissolução perante a Junta Comercial, com efetiva divisão dos lucros e dividendos sem qualquer pendência de outra natureza, caberá ao sócio responder através de seu patrimônio pessoal pelos débitos trabalhistas pendentes. Ressalta-se que se faz necessário somente a prova de que a empresa não possui bens suficientes para garantir o valor executado para que automaticamente se redirecione a execução ao sócio – e isto caracterizaria, na visão da maioria dos magistrados trabalhistas,

84 "A desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista é a mais ampla possível. O entendimento dominante é o de que a utilização deste instituto independe de fraude, abuso de poder ou ato ilícito dos sócios; basta o inadimplemento do crédito trabalhista e que a sociedade empregadora não disponha patrimônio para suportar a execução." Baracat, Eduardo Milléo. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho – interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: Revista LTr. 72-05/576, 2008, P. 583

85 "a mera constatação de insolvência da empresa durante a execução é suficiente para permitir de pronto afastamento da personalidade jurídica e a conseqüente apreensão de bens particulares dos sócios, dado que em hipótese alguma os trabalhadores respondem pelos riscos da atividade empresarial (CLT, art. 2.º, caput)" Processo TRT/2 SP 02429200703102003.

86 TRT 3 - AP. 4687/00 .

87 TRT 3 - AP 00809-1999-087-03-00-1.; TRT - RS - AP- 00074-2000-021-04-00-3

88 A mera constatação de insolvência da empresa durante a execução é suficiente para permitir o pronto afastamento da personalidade jurídica e a conseqüente apreensão de bens particulares do sócio, dado que em hipótese alguma os trabalhadores respondem pelos riscos da atividade empresarial (CLT, art. 2º, caput). (TRT 2 - 01548200706702009 - aP - Ac. 6ºT 20081030902 - Rel. Salvador Franco de Lima Laurino - DOE 28/11/2009)

o atendimento ao art. 50 do CC.

A casuística leva a observar inúmeras equações e possibilidades de desconsideração nas relações de trabalho, tendo como regra geral a simples comprovação de inexistência de bens da sociedade capaz de suprir o crédito trabalhista⁸⁹, face à sua natureza alimentar. Sob tal ótica, as possibilidades de se alcançar a pessoa do sócio são inúmeras, podendo, inclusive, ser aplicada aos ex-sócios^{90 91}, aos sócios quotistas⁹², às sociedades de capital aberto⁹³ (quando violada a postura do sócio), aos sócios gerentes e não gerentes,

89 No mesmo sentido. Barakat, Eduardo Milléo. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho – interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: Revista LTr. 72-05/576, 2008, P. 583.

90 RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, DA BOA-FÉ E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. O ex- sócio que se beneficiou dos lucros advindos da força de trabalho do operário despendida enquanto o primeiro integrava a sociedade que o empregava, responde subsidiariamente pela dívida social contraída pela empresa com o ex – empregado, quando não encontrados bens suficientes para arcar com o débitos trabalhista, por força dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da desconsideração da personalidade jurídica TRT 5.º, Ag. Pet. Nº 00146-2004-016-05-00-5.

91 Santos, Hermelino de Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista – São Paulo: LTr, 2003.P.64

92 EMENTA: SÓCIO COTISTA. RESPONSABILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Não possuindo a empresa bens suficientes para suportar a execução forçada, devem os sócios - verdadeiros beneficiários do trabalho dos empregados - responder com seus patrimônios particulares pelas dívidas trabalhistas da sociedade. Aplicável o princípio da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do Código Civil, o qual permite sejam os bens dos sócios alcançados para o pagamento de créditos trabalhistas, respondendo estes, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, e de insuficiência do capital social para o exercício de sua atividade empresarial. No direito do trabalho, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a regra da responsabilidade limitada dos sócios é afastada, a fim de possibilitar ao empregado a satisfação total do seu crédito. Agravo não provido. – 1ª Turma (processo 00778-1997-121-04-00-8 AP), Relatora a Exma. Juíza Maria Helena Mallmann.

93 EMENTA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS ADMINISTRADORES. Aplicável na execução trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o gestor de sociedade anônima, acionista ou não, ocupante de cargo relevante na empresa. A medida encontra respaldo, entre outros diplomas, no art. 158 da Lei 6.404/76, e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/12/90), que em seu art. 28 não distingue entre os regimes jurídicos das Sociedades Anônimas e das Sociedades de Responsabilidade Limitada. Possível assim, na falta de bens da sociedade, proceder-se ao soerguimento do véu corporativo da executada para que siga a cobrança na pessoa de seus gestores. mormente in casu, ante as evidências de que o administrador (Diretor-Presidente) teria se apropriado, fraudulentamente, de importes monetários da empresa. Se o CDC garante a desconsideração da personalidade jurídica com vistas à defesa do consumidor, com muito mais razão há de agasalhar a pretensão do agravante, que intenta a cobrança de crédito de natureza alimentar. Configuraria inversão dos valores fundamentais tutelados pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV) que simples consumidor fosse destinatário de ampla proteção, podendo perseguir o patrimônio dos administradores (art.28 do CDC), e, e igual garantia não se ofertasse a quem efetivamente produziu os bens e serviços com sua força de trabalho. Também o Código Tributário Nacional, acolhe a disregard doctrine, assegurando a responsabilidade de gestores sem fazer distinção entre o regime jurídico das sociedades anônimas e das sociedades de responsabilidade limitada (art. 135). Oportuna e indispensável a incidência no processo trabalhista, da desconsideração da personalidade jurídica com vistas à garantia de efetividade das decisões judiciais, valendo lembrar que também o artigo 50 do Código Civil em vigor, dispõe sobre a responsabilidade dos administradores, com seus bens particulares, em caso de abuso da personalidade jurídica. TRT 2. Agravo provido. (Acórdão Nº: 20090140391, Nº: 02639199504602006)

administradores ou não⁹⁴, majoritários e minoritários^{95 96}, sob o seguinte pressuposto: desde que o sócio envolvido tenha se beneficiado da mão-de-obra do reclamante, mesmo que indiretamente, ao momento em que aquele sócio participava dos lucros da empresa e de sua máquina produtiva.

Entende-se que, com a desconsideração, seriam atingidos os bens dos sócios gerentes, ou mesmo de qualquer outro que tenha obtido acréscimo patrimonial com a usurpação do pagamento ao empregado, havendo justificativa apenas se não comprovada a sua participação na sociedade à época do contrato⁹⁷, podendo ser responsabilizado mesmo se não exercesse cargo de administração⁹⁸, observados os casos de prescrição⁹⁹, conforme o art. 1032 do CC¹⁰⁰.

Não se questiona, sequer, se a atitude do sócio contribuiu para o inadimplemento relativamente ao funcionário, com a má-administração societária, ou qualquer ato fraudulento que tenha sido praticado dentro da empresa. O dolo, a culpa, e os requisitos elencados no art. 50, do Código Civil, como o abuso da personalidade, o desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial, são elementos completamente dispensáveis à aplicação da *disregard doctrine* no âmbito da Justiça do Trabalho.

94 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DE TODOS OS SÓCIOS E NÃO SÓ O SÓCIO ADMINISTRADOR. A teoria da autonomia patrimonial existente entre a pessoa jurídica e a pessoa física de seus sócios não pode respaldar ou incentivar fraudes perpetradas com propósito de eximir das obrigações contraídas pelas sociedades esvaziadas de patrimônio, mas com sócios todos eles, e não só o administrador, muitas das vezes, enriquecidos. TRT 5.º ACÓRDÃO Nº 22801/09 2ª. TURMA, AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 01166-1992-133-05-00-2-AP-A.

95 TRT 3. 01317-2005-092-03-00-8-AP. EMENTA: SÓCIO MINORITÁRIO " RESPONSABILIDADE - A ordem jurídica positiva e a jurisprudência vêm consagrando o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para responsabilizar seus sócios, gerentes ou não, ainda que minoritário, pelos débitos da sociedade, independentemente da prática de atos faltosos por parte destes. Acresça-se que o sócio não gerente, apesar de não ter poderes de gestão, usufrui dos lucros obtidos com a atividade econômica explorada pela sociedade, aumentando seu patrimônio, e a ele deve ser imputada a responsabilidade in elegendo ou in vigilando, pois lhe incumbe exigir a prestação de contas pelos atos praticados pelo sócio gerente.

96 Neste sentido, analisa o doutrinador, que embora a jurisprudência entenda que a desconsideração deve atingir também os sócios minoritários, percebe que o real administrador é quem deve responder pelos riscos do empreendimento, pois muitas vezes as razões a que o sócio minoritário se une à sociedade é para ajudar um amigo ou parente na constituição da sociedade, obter rendimento mais rentável, tornar-se sócio do empregador, dentre outros. Baracat, Eduardo Milléo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada empregadora: o problema do sócio minoritário. Revista de Direito do Trabalho: São Paulo, v. 34, n.º 129, p. 66-67.

97 TRT 4, 30559491-12112009 – e TRT4 – 31761656012112009

98 TRT 3.º- 01573-2001-103-03-00-0-AP.

99 A prescrição trabalhista, disposta no art. 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal, e art. 11, da CLT, inviabiliza os créditos decorrentes da relação de trabalho no período de cinco anos anteriores a rescisão, observados dois anos para ingresso da reclamatória.

100 Art. 1032. Do CC "A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação."

Contudo, há situações nas quais se observam decisões mais minuciosas e cuidadosas: nos casos de inexistência de bens em sociedades de capital aberto e sociedades sem fins lucrativos, face às peculiaridades especiais dessas formas de organização, não resultam em direta aplicação da desconsideração. Nesses casos, analisam-se com mais cuidado os elementos e requisitos do art. 50, CC, fazendo-se necessário ao exequente comprovar o abuso da personalidade jurídica, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Comprovado o desvio de finalidade na empresa de capital aberto, ou verificado o efetivo lucro da empresa sem fins lucrativos, cai-se na assertiva do outro requisito já aventado: havendo o benefício econômico do empresário, caberá a ele assumir os riscos de sua atividade.

Cabe ressaltar que, quanto às empresas sem fins lucrativos¹⁰¹, mesmo diante da premissa de que não há benefício econômico ao sócio, em sendo comprovado o mau uso da entidade e seus preceitos, o julgador aplicará a desconsideração, esquecendo, assim, dos preceitos do direito empresarial que, a princípio, protegeriam o sócio dentro de sua individualidade patrimonial. Contudo, em não havendo a prova de que tal empresa foge à sua finalidade, à sua função social de isenção de lucros, o instituto dificilmente será aplicado¹⁰².

A desconsideração da personalidade jurídica estende-se, ainda, aos casos de grupos empresariais, em que as empresas são solidariamente responsáveis, ou nos casos de responsabilidade subsidiária (terceirização).

No primeiro caso, as empresas consideradas grupo econômico, respondem conjunta e simultaneamente pelo adimplemento do crédito executado, podendo a execução, por consequência, recair sobre seus sócios.

101 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EXECUÇÃO. ESGOTAMENTO DOS MEIOS EXECUTÓRIOS AO OBRIGADO PRINCIPAL. VERBERTE N.º 37/2008 DO EG. TRIBUNAL PLENO. O título executivo não pode ser apresentado ao obrigado subsidiário antes de esgotados todos os meios executórios voltados à expropriação do patrimônio do obrigado principal, inclusive com a adoção do instituto da desconsideração da pessoa jurídica. É que a insolvência da pessoa jurídica faz incidir as normas legais, art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que permitem o desfazimento do véu societário, pois presumido o mal uso da sociedade por seus membros. Entendimento que se espalha às sociedades civis sem fins lucrativos, como o ICS, quando evidente o mal uso da entidade por seus administradores com burla a preceitos de ordem pública, judicialmente reconhecidos. Observância ao Verbete n.º 37/2008. 2. Agravo de petição conhecido e provido. (00588-2007-004-10-00-7 AP, 28 de janeiro de 2009, TRT 10)

102 No mesmo sentido, Nahas, Thereza Cristina. Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho. São Paulo: Atlas, 2009.

No segundo caso, de terceirização, o entendimento é de que, ordenadamente, exaure-se a busca aos bens das empresas beneficiadas pelo trabalho do reclamante para depois recair a execução nos sócios das empresas executadas, respeitando-se a seqüência de empregador e tomador de serviço. Assim, inicia-se a busca pelo adimplemento da obrigação pela empresa empregadora. Após todas as tentativas de penhora e comprovada a inexistência de bens da primeira empresa (empregadora), é que sobrevirá a possibilidade de atingir os bens das demais pessoas jurídicas envolvidas. Infrutífera a execução, esta é redirecionada aos sócios da empresa empregadora e, posteriormente, se necessário para o adimplemento (ou complementação do adimplemento), recai a execução sobre os sócios da tomadora de serviço.

As questões processuais oriundas desse quadro jurisprudencial passam por discussões envolvendo os princípios processuais constitucionais, como o devido processo legal e a ampla defesa. Contemplam os casos jurisprudenciais a ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica em detrimento de sócio diretamente no processo de execução, possibilitando-se-lhe a defesa muitas vezes tão-somente após a penhora de seus bens, rendimentos ou penhora on-line. Tais ruídos jurisprudenciais suscitam a análise da possibilidade de se garantirem os direitos do contraditório e da ampla defesa antes de efetuada a penhora com a obrigatoriedade de citação antecipada dos sócios no processo de execução ou ainda a citação do sócio mesmo no processo cognitivo.

A corrente jurisprudencial majoritária entende pela possibilidade de intimação do sócio apenas após a penhora, sendo que a falta de citação não vicia ou nulifica o ato jurídico, podendo a mesma ser suprida a qualquer tempo. Ademais, a nulidade do ato da penhora esvaziaria a figura da penhora on-line e de outros métodos de alcance dos bens, sendo que, alertado o executado, se inviabilizaria a satisfação do crédito¹⁰³. Por tais razões, a jurisprudência consolida o entendimento de que não se faz necessária a citação

103 AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. INCLUSÃO DOS SÓCIOS NA LIDE NA FASE DE EXECUÇÃO. NULIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. O procedimento levado a efeito relativamente à inclusão dos sócios empresariais na lide, na fase de execução, mediante utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como também a ciência dos atos processuais subsequentes, deram-se em observância às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Despicienda, pois, sob a ótica processual, sua citação no processo de conhecimento, porquanto passaram a integrar a lide na fase satisfativa. AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA. BENS DE EX-SÓCIO. TEORIA DA DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POSSIBILIDADE EM FACE DO EXAURIMENTO DAS VIAS DE EXECUÇÃO SOBRE BENS DA EMPRESA. Verificada, na fase de execução, a insuficiência do patrimônio da empresa para a satisfação do crédito trabalhista, é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica a fim de possibilitar que bens de terceiro sejam atingidos com o intuito de efetivar o pagamento dos valores devidos ao empregado (Código Civil, art. 50, CDC, art. 28 c/c CTN, art.186). Demonstrado o exaurimento das vias executórias em relação à executada, sem identificação de

do sócio antes da penhora, ou mesmo uma citação especial para que seja deferida a desconsideração da pessoa jurídica em face do sócio no processo de execução – embora haja casos em que a parte solicita, desde o processo de conhecimento, a citação do sócio como parte no processo mesmo que o empregador legítimo seja a empresa.

A jurisprudência do TST enfrenta discussões e examina questões violadoras de princípios processuais, tais como a ausência de fundamentação por parte das decisões que deferem o instituto da desconsideração da personalidade jurídica dos sócios e a ausência de citação do sócio para defesa, seja ao processo de conhecimento, seja ao processo de execução. Em geral, indicam os recorrentes a ofensa aos arts. 1º e 5º incisos II, XXII, XXXV, LIV, LV, e 93 IX da CF. O referido tribunal superior, por sua vez, acaba acatando os preceitos materiais dos tribunais inferiores, mantendo as decisões que incluem a responsabilidade patrimonial dos sócios, ou empresas coligadas às pretensões salariais devidas em não havendo a empresa patrimônio suficiente para arcar com o débito. Assim, verificada a insuficiência de patrimônio da empresa, sujeito estará o sócio à responsabilidade ilimitada e solidária, até o pagamento integral dos créditos dos empregados. Portanto, rechaçam qualquer possibilidade de violação de legislação

bens providos de liquidez e passíveis de constrição, a penhora sobre bens de ex-sócio revela-se lícita e adequada aos princípios que norteiam o processo trabalhista. Precedentes do col. TST. Agravo conhecido e desprovido. (00954-2007-017-10-00-4 AP ,2 de junho de 2009, TRT 10 Região). SÓCIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO NA FASE DE CONHECIMENTO. DESNECESSIDADE. A figura do sócio não se confunde com a pessoa jurídica que integra, uma vez que ambos têm existência e personalidade jurídica distintas (CC, art. 20). Os atos praticados pela pessoa jurídica, enquanto titular de direitos e obrigações, não se comunicam nem se transferem, simultânea e imediatamente, à pessoa física do sócio que dela faz parte. Assim é que não há justificativa plausível para que os sócios sejam acionados em qualquer demanda que envolva a sociedade da qual é componente. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, também conhecida como Disregard of Legal Entity Doctrine, tem como pressuposto abuso de direito, excesso de poder, meios fraudulentos e insuficiência de bens da empresa. Soa, portanto, prematuro e precipitado acionar os sócios no processo de conhecimento quando previamente ausentes as extraordinárias situações que determinam a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, até porque tem esta o objetivo de assegurar a efetividade da atividade jurisdicional com o pagamento ao credor. A legitimidade do sócio, por conseguinte, somente surge no momento em que se constata a absoluta incapacidade da pessoa jurídica de adimplir as suas obrigações. Antes disso, nem sequer dispõe o credor de interesse processual para acioná-lo, visto que não é admissível atuação jurisdicional inútil. Poderá ter, isto sim, direito subjetivo superveniente de demandá-lo, como expressamente previsto no inciso II do art. 592 e art. 596, ambos do CPC. Recurso improvido. 06ª VARA - BRASÍLIA/DF 06-1176/2001 NA VARA DE ORIGEM DECISÃO: 19 07 2002, TRT 10 Região. Ementa: A desconsideração da personalidade jurídica tem dado margem a divergências jurisprudenciais no que se refere ao cerceio de defesa e à ofensa ao princípio do contraditório. Por isso, muito se discute acerca da inclusão do sócio na fase executiva, sem que o mesmo tivesse participado da fase cognitiva. Entendo que, ainda que o contrato de emprego tenha sido firmado com a pessoa jurídica, é admissível a participação de seus sócios no pólo passivo da lide, vez que o hipossuficiente não tem com prever a insuficiência financeira do empregador para arcar com ônus da execução. Além disso, a inclusão do sócio pólo passivo da lide desde a fase cognitiva lhe permitirá o exercício do amplo direito de defesa constitucionalmente garantido. ACÓRDÃO Nº 24318/07 5ª. TURMA RECURSO ORDINÁRIO Nº 01167-2002-016-05-00-6-RO TRT 5.

infraconstitucional ou mesmo constitucional pela falta de fundamentação legal, como prevê o art. 93, inciso IX, da CF.

Quanto às questões processuais, é entendimento pacífico no TST que as decisões de descon sideração da personalidade jurídica estão em conformidade com os preceitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, não havendo qualquer violação ou ameaça de direito.

3.5 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRIBUTÁRIO

O tema da descon sideração da personalidade jurídica em matéria tributária é dos pontos mais atuais e relevantes na doutrina e na jurisprudência nacional, envolvendo considerações tão distintas quanto à relação entre o Direito Tributário e o Direito Privado; os casos em que se permitiria a descon sideração; a possibilidade do redirecionamento da execução fiscal para a figura dos sócios entre outros.

O Direito Tributário possui autonomia didático-científica em relação ao Direito Privado, de tal modo que alguns autores o denominam de sobredireito, ou seja, como um conjunto de normas jurídicas que atuam sobre outras normas jurídicas. Por um lado, se afasta a compreensão de que o Direito Tributário é mera manifestação do poder soberano (fiscal), mas é um fenômeno essencialmente jurídico e por outro se afasta sua subordinação ao Direito Privado. As tentativas de se compreender o fenômeno da tributação como sendo um fenômeno jurídico e não meramente ético-político remontam a doutrina do imposto como uma relação de direito (*Rechtsverhältnis*), que tinha como defensores Hensel¹⁰⁴, Nawiasky¹⁰⁵, Blumenstein¹⁰⁶ e Giannini¹⁰⁷.

As primeiras teorias jurídicas do tributo passam a entender o fenômeno tributário como sendo uma relação contratual, com obrigações recíprocas. A idéia contratualista do tributo tem seus fundamentos políticos e econômicos na idéia de benefício, ou seja,

104 Albert Hensel (1895 - 1933). Dentre as suas principais obras se destacam *Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung* (1922) e *Steuerrecht* (1924-33).

105 Cf. Nawiasky, Hans: *Steuerrechtliche Grundfragen*. Muenchen, 1926.

106 Cf. Blumenstein, Ernest. *Die Steuer als Rechtsverhältnis*. Festgabe für G.v. Scanz. Tübingen: Mohr, 1928.

107 Cf. Giannini, A. D. *Instituciones de derecho tributario*. Madrid: Derecho Financiero, 1957.

o cidadão paga tributos na proporção dos benefícios que auferir com a existência de um governo. Boa parte dessa concepção pode ser encontrada em Grotius, Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau e Adam Smith¹⁰⁸.

O atual Código Tributário Nacional afastou essa identidade imediata entre o Direito Tributário e o Direito Privado em uma série de dispositivos, que revelam a autonomia do fenômeno tributário, apesar de reconhecer a mútua relação entre ambos os setores jurídicos. Assim, dessa forma são pontos de distinção entre ambos os setores:

i) *Obrigação ex lege*: tributo é uma obrigação derivada da lei, não do contrato ou da vontade inter partes (art. 3º. *Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*);

ii) *Autonomia dos efeitos tributários dos conceitos de Direito Privado*: sendo o Direito Tributário um direito de sobreposição autônomo, não pode o Direito Tributário ter seus efeitos determinados pelo Direito Privado (Art. 109. *Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários*);

iii) *Autonomia do conteúdo e alcance dos conceitos de Direito Privado perante as normas de Direito Tributário*: do mesmo modo que a legislação privada não pode alterar o sentido e os efeitos da sobreposição tributária, não pode igualmente o Direito Tributário alterar o sentido e alcance dos institutos de Direito Privado com o intuito de modificar os efeitos tributários dos atos ocorridos no âmbito das relações privadas (Art. 110. *A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*);

iv) *Necessidade de lei complementar tributária*: somente esta forma normativa é autorizada a definir normas gerais em matéria tributária, especialmente em relação à definição dos sujeitos passivos (Art. 146. *Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas*

108 Cf. Nagel, Thomas et Murphy, Liam. O mito da propriedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”).

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova ordem constitucional fundada na noção de Estado Democrático de Direito, ou seja, de um modelo jurídico-político que pretende promover e proteger os Direitos Fundamentais de liberdade (de expressão, opinião, etc.), de igualdade (direito fundamental à saúde, educação, etc.) e os direitos de participação e a um meio-ambiente equilibrado, à cultura, etc.

Estes direitos possuem um custo que deve ser suportado por todos, com base no dever geral de solidariedade entre todos, de tal modo, que a tributação em um Estado Democrático é a forma de financiar os direitos fundamentais¹⁰⁹. Por outro lado, o sistema constitucional tributário deve privilegiar a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte, visto que seria incoerente tributar abusivamente, no sentido de que os meios são tão importantes para alcançar os fins, quanto os próprios fins em si mesmo.

As limitações ao poder de tributar se constituem em um das partes mais importantes do texto constitucional, estabelecendo três ordens de sentido: i) como limite ao poder de tributar do Estado; ii) como conjunto de normas de limitação de competência e iii) como forma de realização do *valor* promoção e proteção dos direitos fundamentais.

109 “No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe ‘a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes’ [...] O artigo 35 da Lei n. 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade ‘desconto na fonte’, relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei n. 6.404/76. Imposto de renda – Retenção na fonte – Titular de empresa individual. O artigo 35 da Lei n. 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização.” [RE 172.058, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-6-95, Plenário, DJ de 13-10-95]. No mesmo sentido: AI 489.890-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 9-5-06, 1ª Turma, DJ de 02/06/06.

A questão da desconsideração da personalidade jurídica dos sócios deve ser estudada neste sentido como uma forma de cobrança de tributos sempre limitada pela proteção constitucional aos direitos fundamentais do contribuinte.

A proteção dos direitos fundamentais do contribuinte surge como limite e condição de possibilidade da aplicação do dever fundamental de pagar tributos. Os fundamentos das limitações ao poder de tributar são de três ordens: i) como um limite ao poder do soberano; ii) como regras de limitação de competência e mesmo de não-incidência normativa e iii) como realização do *valor* proteção dos direitos fundamentais do contribuinte¹¹⁰.

A análise da questão da desconsideração da personalidade jurídica estará vinculada a estas considerações sobre como garantir a efetividade da cobrança e a arrecadação dos tributos (dever de pagar tributos) com a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte.

O texto constitucional de 1988 recepcionou os dispositivos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Código Tributário Nacional de 1966¹¹¹. Para o CTN, o sujeito passivo da obrigação tributária é o contribuinte, por força do art. 121 do CTN, que determina: *Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Este será o contribuinte quando possua uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e será denominado de responsável não em decorrência de sua vinculação pessoal e direta com o fato gerador, mas está vinculado em razão de uma relação autônoma em decorrência de disposição legal. Assim: II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.*

Igualmente determina o art. 128 do CTN que: *Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira*

110 Cf. Tôrres, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária. São Paulo - SP: Quartier Latin, 2005, v. I, p. 21-68.

111 Cf. Tôrres, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária. São Paulo - SP: Quartier Latin, 2005, v. I, p. 21-68.

peessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Um dos casos especiais de responsabilidade tributária está determinada no art. 135 do CTN que estabelece a responsabilidade de terceiros, que trata dos casos relativos a transferência da responsabilidade da sociedade para o sócio. Assim: *Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...) III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.*

A dissolução irregular, por sua vez, está prevista como uma das causas da responsabilidade dos sócios por força do art. 134 do CTN, que assim determina: *Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...) VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.* A jurisprudência tem se dividido sobre a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica em Direito Tributário.

O entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional está expresso na Portaria nº 180 PGFN, de 25/02/2010, publicada no DOU, de 26/02/2010, que dispõe sobre a atuação da Fazenda Nacional em juízo, no tocante à responsabilização do co-devedor.

Para esta portaria normativa, a responsabilidade do co-devedor é sempre solidária e não exclusiva em relação aos atos praticados por este¹¹² e será incluída no rol dos devedores quando ocorrer ao menos uma das quatro situações a seguir:

I - excesso de poderes;

II - infração à lei;

112 Art. 1º - Para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 da Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

No caso das dívidas junto à Seguridade Social entende-se que não é necessário nenhum destes elementos para se comprovar a responsabilidade solidária, por força do disposto na Medida Provisória N^o 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei n^o 11.941, de 27 de maio de 2009, para os atos anteriores a sua publicação.

O terceiro, não sócio, com poderes de gerência sobre a pessoa jurídica estará submetido a este procedimento de averiguação da conduta abusiva, nos termos acima mencionados.

O STJ, por sua vez, firmou entendimento de que a aplicação do art. 135 do CTN deve ser feita de forma restritiva, tão somente aos casos responsabilidade pessoal dos sócios na violação de lei comercial, estatuto, contrato social ou na dissolução irregular.

Quanto à dissolução irregular, entende o STJ que a existência de indícios do encerramento irregular das atividades da empresa executada autoriza o redirecionamento do feito (Precedentes: AgRg no REsp n.º 643.918/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16/05/2005; REsp n.º 462.440/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18/10/2004; e REsp n.º 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19/12/2003).

Para o STJ, no curso de execução fiscal, é permitido o redirecionamento para o patrimônio do sócio-gerente da empresa, quando a empresa não for encontrada no endereço constante do contrato social arquivado na junta comercial, sem comunicar onde está operando, será considerada presumidamente desativada ou irregularmente extinta. Entende o STJ, contudo, que o simples inadimplemento de obrigação tributária não configura infração à lei e automático redirecionamento da execução, bem como é necessário diferenciar as situações nas quais ocorre a dissolução da sociedade e quando há apenas inatividade ou uma operação reduzida.

Havendo a dissolução irregular, entretanto, opera-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao sócio-gerente provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder (STJ, REsp 1.004.500/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/02/2008). Entende igualmente o STJ, que a não localização da empresa executada no seu endereço

denota indício de dissolução irregular, de ordem a permitir o redirecionamento fiscal à pessoa do sócio-gerente.” (STJ, EAREsp 947.618/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19/12/2007). O STJ autoriza o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente quando for constatada a dissolução irregular da sociedade (STJ, REsp 943.379/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 30/11/2007).

O STJ pacificou o entendimento de que o mero inadimplemento do tributo não consiste em infração legal, de tal modo que, em sentido contrário, toda a dívida tributária seria uma dívida do administrador, visto que todo o débito tributário é por natureza uma forma de não-pagamento do tributo (REsp 889.101/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27-11-2006)¹¹³. Se o administrador não agiu com infração à lei, ao contrato social ou estatutos, ou com excesso de poderes, não é possível o redirecionamento da execução com base na mera alegação de inadimplemento da obrigação tributária. Por outro lado, tem entendido o STJ que o administrador é responsável no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica dado que ele é responsável, no caso de paralisação definitiva da empresa em proceder a regular dissolução ou liquidação, no caso de cooperativas. Não havendo tal conduta se presume apropriação indevida dos bens da sociedade¹¹⁴.

Refira-se, no entanto, a desnecessidade de prova cabal de tal situação, sendo suficiente a existência de indícios para o redirecionamento da execução, tais como a ausência de bens para penhora, abandono do estabelecimento (o que não se confunde com a mera mudança de sede da pessoa jurídica) e cessação das atividades.

Frise-se, por oportuno, como reconhecido em precedentes desta 2ª Turma (AG 2007.04.00.031736-1, D.E. 31/10/2007), que a dissolução irregular da pessoa jurídica não dá ensejo à responsabilização pessoal do administrador pela obrigação tributária com base, especificamente, no art. 135 do CTN, haja vista que obrigação não nasceu de tal

113 Resp 749.034/SP, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado; DJ de 28/09/2005; AgRg no Resp 946.509/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22-10-2007; AgRg no Ag 971741/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 04-08-2008; TRF4: AI n.º 2003.04.01.056715-0/RS, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, DJU de 15/03/2006; AC 2006.70.11.002347-3, 1ª Turma, Relator Des. Federal Vilson Darós, D.E. 12/08/2008; AG 2006.04.00.037195-8, 2ª Turma, Relator Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. 28/02/2007.

114 Nesse sentido os precedentes do e. STJ, bem como os desta Corte, a saber: STJ, AgRg no AgRg no REsp 776154/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19-10-2006; AgRg no REsp 910383/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 16/06/2008; REsp 1017732 / RS, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 07/04/2008; TRF4, AI n.º 2005.04.01.032343-9/SC, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, DJU de 04/10/2006; TRF4, AI n.º 2006.04.00.037195-8/PR, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, DJU de 27-02-2007; AC 2000.04.01.127254-5, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, D.E. 04/03/2008.

situação, mas apenas pela dissipação do patrimônio da cooperativa, ou sociedade, o qual deveria ser destinado à satisfação dos seus credores, nos termos da legislação societária.

Tem entendido o STJ que se a pessoa jurídica encerrou suas atividades sem cumprir as normas legais e sem deixar bens passíveis de serem penhorados, existe a presunção de dissipação irregular de seus bens, permitindo o redirecionamento da execução contra os sócios-administradores. Cabe esclarecer que esta presunção pode ser afastada pela parte com as provas em sentido contrário.

Cabe ressaltar a edição de duas novas Súmulas do STJ:

Súmula 435: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Súmula 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem seguido o entendimento geral do STJ, mas tem apresentado um conjunto muito rico de abordagens sobre a definição do conceito de abuso e de dissolução irregular, para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

Os Tribunais Regionais Federais têm entendido que existem dois valores sendo contrapostos na desconsideração da personalidade jurídica, de uma lado a promoção da livre iniciativa (CF/88, art. 170, caput e art. 1º, inc. IV), o valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, inc. IV), a busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), a justiça social (CF/88, art. 170, caput), os valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV), e outros princípios constitucionais e infraconstitucionais (arts. 1º, inc. III, 3º, inc. I, e 170, inc. VII, da CF/88, entre outros), e de outro lado encontramos a proteção da igualdade, da capacidade contributiva e da função social da empresa e da propriedade. Se a pessoa jurídica foi constituída com o único propósito de proteger o patrimônio dos sócios de uma futura execução, então nesse caso terá ocorrido o desvirtuamento dos princípios da ordem econômica e dos direitos fundamentais na área econômica.

Os TRFs, no país, têm seguido o entendimento de que, em regra, os bens particulares

dos sócios não respondem pelas dívidas societárias. Autoriza-se, contudo, que em casos excepcionais, se aplique a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) nos casos de: fraude, abuso de direito em detrimento dos credores ou dissolução irregular.

De modo geral, os TRFs têm entendido que a paralisação das atividades da empresa aliada ao fato da não-quitação de seus débitos fiscais tem o condão de atestar a dissolução irregular, a autorizar a desconsideração de sua personalidade jurídica.

A jurisprudência tem entendido que a dissolução irregular pode ser presumida nos seguintes casos:

i. a paralisação das atividades da empresa aliada ao fato da não-quitação de seus débitos fiscais atestam a dissolução irregular (TRF4 - AG - 2009.04.00.042811-8/RS);

ii. são indícios de extinção irregular o distrato sem conhecimento da junta comercial e a ausência de patrimônio para fazer face aos débitos pendentes (TRF4 - AG - 2009.04.00.025934-5 e TRF3 AG 318015 e 151997);

iii. presume-se a responsabilidade dos sócios quando o patrimônio dos sócios é superior ao patrimônio da empresa (TRF3 2000.02.01.048678-8 RJ);

iv. factível a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial quando há fortes indícios de ocorrência de distrato irregular não levado a efeito na junta comercial pendente (TRF4 - AG - 2000.04.01.134382-5);

v. a dissolução irregular pode ser deduzida de indícios como a ausência de bens para penhora, abandono do estabelecimento, o que não se confunde com a mera mudança de sede da pessoa jurídica, e cessação das atividades (TRF4 - AI 2009.04.00.025487-6 - PR e TRF3 AI 362708);

vi. se a pessoa jurídica paralisou as atividades sem baixa regular há infringência à lei e é permitida a responsabilidade solidária de seus sócios processo ((TRF4 - AG 2000.04.01.134381-3 - RS).

vii. não se pode aceitar o redirecionamento mediante indícios ou evidências frágeis

como certidões de oficiais de justiça, estabelecimento cerrado e outras circunstâncias inseguras quanto ao elemento subjetivo para caracterizar a possibilidade de presunção da dissolução irregular ((TRF4 – AI 2009.04.00.017695-6).

viii. a falta de condições financeiras do comerciante falido pode ser considerada como um indício capaz de comprovar de modo fático que inexistente intenção dolosa em distrair os bens a absoluta, visto que ele sequer possui disponibilidades para postular sua autofalência. Tal situação pode ser reforçada em razão dos elevados custos cobrados para operacionalizar o processo de baixa regular (elevadas taxas e custas cartoriais, notariais, advocatícios, contábeis, e outros serviços profissionais especializados);

ix. configura-se como um indício adicional a presença de elevados custos decorrentes das taxas e preços de preços do serviço para a obtenção de diversas e certidões negativas;

x. a falta de condições financeiras do comerciante falido pode ser ressaltada

se este se configurar em uma Microempresa ou uma Empresa de Pequeno Porte (TRF4 AI - 2008.04.00.002763-6);

xi. pode ser considerado como um indício favorável ao contribuinte a presença de exigências burocráticas exageradas ou excessivas, que muitas vezes podem se considerados de impossíveis de cumprimento;

xii. não pode ser considerado como indício de dissolução irregular a mera constatação de certidões exaradas por meirinhos atestando o desencontro ou a porta fechada de estabelecimento, visto que pode ter havido mudança de sede que ainda não tenha sido notificada ou sucessão de pessoa jurídica (TRF4 - AI 2008.04.00.002763-6);

xiii. a ausência de contas bancárias com saldo positivo em nome da pessoa jurídica é mais um elemento que tem sido utilizado como indício da dissipação de bens (TRF4 - AI 2009.04.00.017695-6);

Os TRFs procederam igualmente a diversas determinações sobre o conteúdo e alcance do instituto da fraude. Foi entendido que a fraude pode ser demonstrada pelos seguintes indícios:

i. pela conduta dos sócios na execução fiscal, especialmente por sua conduta de total desrespeito ao Poder Judiciário e descumprimento das leis (TRF4 – AG - 2009.04.00.025934-5 – RS);

ii. o comportamento fraudulento pode ser presumido pela nomeação de bens inexistentes ou incapazes de garantir a eficácia da penhora (TRF4 – AG - 2009.04.00.025934-5 –RS).

A jurisprudência dos TRFs identificou a situação de confusão patrimonial quando empresas familiares, de mesmos controladores, possuem identidade de quadro societário e evidente unidade gerencial. Tal situação se agrava quando os seus estabelecimentos estão sediados em endereços coincidentes, com mesmo telefone de contato (2008.04.00.043979-3 – SC e TRF3 AI 347682, TRF2 2008.02.01.005491.7- RJ e TRF3 AI 363546).

A possibilidade do redirecionamento da execução fiscal à pessoa do sócio foi objeto de apreciação por parte dos TRFs. Entendeu-se que a simples desativação das atividades, sem o adimplemento dos débitos existentes configura motivo suficiente para o redirecionamento (TRF4 – AG - 2009.04.00.025934-5 – RS), o problema, contudo, se relaciona a forma de demonstração da inatividade. Para os TRFs são sinais de dissolução irregular:

i. o encerramento irregular das atividades da empresa executada autoriza o redirecionamento do feito executório à pessoa do sócio (TRF4 - AG - 2009.04.00.030372-3/PR). Estes indícios devem ser amplamente documentados¹¹⁵;

ii. a mera certidão do oficial de justiça foi aceita, em algumas decisões, como prova suficiente (TRF3 AI 315954);

iii. necessidade de previsão da hipótese em lei específica para fins de responsabilidade subsidiária do sócio (TRF4 - AI - 2009.04.00.043804-5 – RS);

iv. a baixa irregular autoriza a responsabilidade solidária de seus sócios;

115 Ver os seguintes julgados do TRF 3, AI 240972, 368925, 375666, 362209, 368405, 362209, 362209, 368405, 330906, 332487, 262302 e 288770, 06/03/2008.

v. a mudança de endereço constante do contrato social, sem comunicar onde está operando, a dissolução irregular é presumida;

vi. a confusão patrimonial e administração comum caracterizam empresa única (TRF4 - AI - 2008.04.00.032879-0 SC);

- esvaziamento patrimonial com mudança de objeto social, de ramo de atividade e após a fiscalização procedida pela Receita Federal, ocorrida em 2004. (TRF4 - AI - 2008.04.00.032879-0 SC);

- alterações contratuais, cessões de cotas e empréstimos realizados entre os sócios, com as pessoas jurídicas e com terceiros indicam confusão patrimonial demonstram existir muito mais do que um simples inadimplemento de tributos, impondo a solidariedade de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelo não recolhimento do tributo;

- a outorga de poderes amplos de gestão, administrativa e financeira, constando do instrumento do mandato inclusive a prerrogativa de pagar impostos e de depositar e retirar quaisquer quantias junto a bancos (TRF4 - AI - 2008.04.00.026970-0 RS);

- manipulação de resultados financeiros, identidade dos nomes fantasia e dos administradores e a transferência de empregados denunciam confusão patrimonial (TRF4 - AI - 2007.04.00.016643-7 PR);

- é indício de fraude a constituição da pessoa jurídica para substituir pessoa jurídica que se extinguiu com o fim de fraudar credores (TRF4 - AG - 97.04.39581-7 SC);

- a presença de débito corresponde a período imediatamente anterior à data em que o sócio cotista assumiu função de gerência na sociedade executada (TRF4 - AI - 1999.04.01.080874-3 SC e TRF3 AI 344819);

Para os TRFs, a desconsideração inversa ocorre quando as dívidas do sócio são transferidas à sociedade, em que o sócio detém absoluto controle, de tal modo que exista um uso instrumental da sociedade para fugir às suas obrigações comerciais (TRF3 MS 256802).

Entende a CF que compete à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, e crédito tributários (artigo 146, III, b) e sendo assim a própria responsabilidade tributária deveria estar regulamentada (TRF4 – AI- 2002.04.01.001960-9 SC). Em sentido contrário, tem-se entendido que a CF somente estabelece a necessidade de normas gerais em matéria tributária, veiculadas por meio de lei complementar, mas não exige a edição das mesmas para garantir a sua eficácia (TRF4 – AI -2008.04.00.040962-4 SC).

Em diversos julgados entenderam os TRFs que há a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando existir a prova de delitos, tal como a presença de um esquema de sonegação fiscal (TRF3 AI- 314276 e ACR 22340).

Se a pessoa jurídica serve como instrumento para a prática de delitos como sonegação fiscal, entre outros, cabe a desconsideração da personalidade jurídica (2000.70.00.027288-9 PR). No mesmo sentido, entendeu o TRF, que se existe a prática reiterada de infrações penais e tributárias, então será autorizada a desconsideração da personalidade jurídica (2007.04.00.040939-5 – PR). Assim, se a pessoa jurídica faz uso de declarações falsas, interposição de empresas de fachadas, inclusive off-shores do Uruguai, utilizando-se de “laranjas” e “testas-de-ferro” para sonegar impostos, então será possível o redirecionamento.

Em virtude da radicalidade da medida, tem-se entendido que a desconsideração da personalidade jurídica exige procedimento específico e as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (TRF4 2009.04.00.011244-9 SC). Diversos entendimentos sobre questões processuais foram objeto de apreciação, assim:

- a desconsideração da personalidade jurídica exige o contraditório (EDAC 143427/RJ e TRF1 AC 2003.38.00.04/625-2- MG);

- é incabível em sede recursal a desconsideração da personalidade jurídica (TRF4 2000.04.01.032398-3 SC);

- não se permite o pedido de desconsideração da personalidade jurídica inversa em sede de antecipação de tutela (TRF4 2008.04.00.020961-1 PR e TRF3 AG 319060).

- é possível o aproveitamento de prova emprestada para a desconsideração da

personalidade jurídica (TRF4 2003.04.01.058127-4 PR)

- há possibilidade de penhora de cotas sociais (TRF4 2006.04.00.023109-7 SC);

- deve ficar demonstrado o esgotamento de todos os meios para efetivar a penhora (TRF4 2003.04.01.043326-1 SC);

- no caso de grupos de empresas não é imputável ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida tributária sem a indicação comprovada de atos fraudulentos, confusão patrimonial ou desvio de finalidade (TRF4 2009.04.00.014966-7 RS). No mesmo sentido a desconsideração da personalidade jurídica pode atingir o patrimônio de outras empresas dos mesmos sócios quando estas são veículos utilizados para a fraude (2006.04.00.036039-0 PR e TRF3 AG 240349).

O projeto de alteração do CTN (PL nº 469/2009) propôs alterações nos dispositivos do art. 134 ao determinar que aos representantes de pessoas físicas e aos diretores, gerentes ou representantes, ainda que de fato, de pessoas jurídicas ou entes fiscalmente equiparados incumbe atuar diligentemente para o cumprimento das obrigações tributárias.

Neste projeto de lei constitui dever de diligência dos gestores referidos no caput zelar pela manutenção do patrimônio do sujeito passivo e fazer todo o necessário para o cumprimento das obrigações tributárias, inclusive, privilegiar o pagamento de tributos em detrimento de outras despesas ou débitos.

O art. 134 passaria a entender como sendo um caso de responsabilidade subsidiária o descumprimento da exigência do cumprimento da obrigação principal, quando o administrador ou o gestor deixar de provar que empregou, no exercício de sua atividade, o cuidado e a diligência, que se costuma dispensar à administração de negócios ou alienar, onerar ou dar em garantia quaisquer dos bens ou direitos administrados sem que sejam garantidos os créditos da Fazenda Pública.

Igualmente o seriam, quando o administrador houver praticado ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos ou houver distribuído lucros, dividendos, bonificações, juros sobre o capital próprio, ou afins a seus sócios, dirigentes, acionistas, ou assemelhados a partir do dia do vencimento do tributo, quando os bens do sujeito passivo não forem suficientes para garantir o crédito tributário.

No caso da massa falida, o projeto determina que o administrador judicial e o liquidante serão responsáveis pelos tributos devidos pela massa falida ou pela massa liquidanda, na medida em que seus atos derem causa ao injustificado descumprimento. Há responsabilidade subsidiária daquele que dolosamente omitir, retardar ou prestar falsamente informações requisitadas pela Fazenda Pública.

O PL nº 469/09 altera a jurisprudência do STJ sobre o tema e deveria somente estabelecer a responsabilidade dos sócios no caso de atos praticados com a violação de lei comercial, estatuto, contrato social ou dissolução irregular da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária aparece igualmente na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que determina no art. 9º que: "(...) § 5 - A solicitação de baixa na hipótese prevista no § 3º deste artigo importa responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores".

No caso de dívida previdenciária, foi revogado o art. 13 da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993, pela Lei nº 11.941, de 2009, que determinava:

O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa."

4. ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

No âmbito da pesquisa, pretendeu-se observar as soluções de alguns países quanto ao tema da desconsideração.

Um primeiro exemplo de comparação seria o direito alemão, em que o tema da desconsideração (*Durchgriffshaftung*) enquadra-se como exceção à limitação da responsabilidade patrimonial da sociedade, especificadamente da limitada (*Gesellschaftsrecht Beschränkter Haftung*). A regra geral, prevista no § 13, 2 da *GmbHG* (Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada), dispõe que a responsabilidade por dívidas da sociedade reside no patrimônio da sociedade¹¹⁶.

Desse modo, a invasão no patrimônio pessoal do sócio (*Durchgriff*) deve exigir uma justificativa especial¹¹⁷. Em essência, refere-se à orientação de que o requisito repousa no abuso institucional (institutionelle Missbrauch), no desvio de finalidade da pessoa jurídica (*zweckwidrige Verwendung der juristischen Person*), mesmo de forma culposa¹¹⁸. Cuida-se de cláusula geral, fundada no princípio da boa fé, cuja concretização cabe ao Juiz, o que suscita críticas pelo risco de indeterminação¹¹⁹.

Em face desta circunstância – existência de uma cláusula geral –, procura-se sistematizar as decisões da jurisprudência, *apontando-se* em linhas gerais como principais grupos de casos, (a) a subcapitalização (*Unterkapitalisierung*); (b) o abuso da forma societária (*Missbrauch der Gesellschaftsform*); (c) a confusão de patrimônios ou de esferas jurídicas¹²⁰.

116 "Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen".

117 No original: "Durchgriffshaftung lebt von der Vorstellung, dass die Beachtung des Trennungsprinzips die Regel, seine Missachtung in einem Einzelfall Ausnahme sei, die einer besonderen Begründung bedürfe". Cf. Kübler, Friedrich, *Gesellschaftsrecht*, § 23, Müller Verlag.

118 Kübler, Friedrich, *Gesellschaftsrecht*, § 23.

119 Kübler, Friedrich, *Op. Cit.*

120 Cf. Cordeiro, Antônio Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, p. 116.

No direito americano, a temática da desconsideração da personalidade jurídica é versada sobre a denominação de *piercing the corporate veil doctrine*. Nos mesmos moldes da doutrina continental, cuida-se de teoria esboçada como exceção à responsabilidade limitada, a fim de proteger os terceiros que se vinculam juridicamente com as sociedades.

Na doutrina norte-americana, em um estudo de Maurice Wormser, a primeira sistematização da teoria do *piercing the corporate veil*¹²¹, remonta a 1912, sendo que suas primeiras aplicações estão ligadas à noção de fraude.

Cuida-se de fórmula geral, cuja concretização constitui-se em tarefa judicial, que pode variar de estado para estado. Não obstante esta circunstância, os parâmetros gerais podem ser vinculados a situações de fraude comprovada, um ato desonesto ou injusto, a perpetração de da violação de um estatuto ou de um dever legal. Nesse sentido, a criação de companhias subcapitalizadas, a confusão de patrimônios a inobservância de formalidades legais, constitui-se em exemplo citado deste tipo de conduta¹²².

Em relação ao direito americano, cumpre ressaltar que os estados membros possuem legislação sobre a responsabilidade limitada (*limited liability*). Embora muitos não possuam provisões sobre a teoria do *piercing of corporate veil*. Em alguns deles, como Califórnia, Colorado, Illinois, Texas, Minnesota, encontra-se dispositivos na legislação estadual, que prevêm a aplicação da referida teoria.

Saliente-se que o *Uniform Limited Liability Company Act*, de 1996, em sua seção 303 (b) contém a previsão de que “a violação das formalidades corporativas não se constitui em fundamento para a responsabilidade pessoal do sócio”¹²³, o que é considerado um reconhecimento implícito da doutrina do *piercing of corporate veil*¹²⁴.

121 “When the conception of corporate entity is employed to defraud creditors, to evade an existing obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery or crime, the courts will draw aside the web of entity, will regard the corporate company as an association of live, ap-and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons”, in *Piercing the Veil of the Corporate Entity*, 12 Col. L. Rev. 496 (1912).

122 Ver, por exemplo, Eisenberg, Melvin, *Corporations and other business organizations*, Cases and Materials: Foundations Press, 2000, p. 178.

123 “The failure of a limited liability company to observe the usual company formalities or requirements relating to the exercise of its company powers or management of its business is not a ground for imposing personal liability on the members or managers for liabilities of the company”.

124 Cf. J. William Callison, *Limits of Limited Liability: veil piercing in the limited liability company*, in twiki.org.

Ressalve-se que, mesmo sob o ponto de vista da análise econômica do direito, sempre crítica, acerca de orientações dirigidas ao estabelecimento da justiça material que não levem em conta os critérios de eficiência, a teoria do *piercing the corporate veil* é reputada como justificada¹²⁵.

No direito português, inexistente regra específica acerca da desconsideração da personalidade jurídica¹²⁶. Sua base normativa é apontada como sendo a regra geral sobre abuso de direito, prevista no artigo 334, do Código Civil português¹²⁷, para as situações em que se busca, mediante o instituto da desconsideração, sistematizar e explicar diversas soluções concretas, estabelecidas para resolver problemas reais postos pela personalidade coletiva, e que se manifestam na confusão de esferas jurídicas, na subcapitalização e no atentado a terceiros e abuso da personalidade¹²⁸.

No direito argentino, igualmente se vincula ao abuso de direito e à fraude, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo feita menção a dispositivo geral do Código Civil argentino, artigo 1.701, referente ao abuso de direito¹²⁹.

125 "We conclude, however, that the doctrine of piercing the corporate veil, and the distinctions drawn by courts, makes more economic sense than at first appears. The cases may be understood, at least roughly, as attempts to balance the benefits of limited liability against its costs. Courts are more likely to allow creditors to reach the assets of shareholders where limited liability provides minimal gains from improved liquidity and diversification, while creating a high probability that a firm will engage in a socially excessive level of risk taking. Cf. Easterbrook, Frank; Fischel, Daniel. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991, p. 54

126 Cf. Cordeiro, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, p. 111 ss, Ed. Almedina, 2000.

127 "Artigo 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".

128 Cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 20090319032594, j. 19.03.2009, Rel. Pinto Hespanhol.

129 Ver Dobson, J. "Lifting the veil" in four countries: the Law of Argentina, England, France and the United States, in *International Comparative Law Quarterly*, (1986), 35, p. 839, 853.

5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Em face da pesquisa realizada, cumpre primeiramente ressaltar o extraordinário desenvolvimento da teoria da desconsideração no direito brasileiro. Tendo em vista o relativo atraso com que esta concepção surgiu no cenário nacional, é manifesto que ela se encontra amplamente difundida, tendo encontrado lugar não somente na codificação civil, como também na legislação dita 'especial', referente a outros setores do ordenamento, como o ambiental, consumidor e fiscal.

Observe-se, também que a existência de regulação legislativa configura-se em situação singular frente a outros países, que não possuem uma inclinação para a setorização das soluções jurídicas.

A análise da aplicação jurisprudencial revela, por sua vez, a predominância do recurso à fórmula genérica do abuso do direito como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, o direito brasileiro vincula-se à orientação tradicional, em que a teoria da desconsideração constitui-se em exceção à construção da responsabilidade limitada do sócio.

Contudo, sobressai que o direito brasileiro possui, por força de fundamento constitucional, extrema preocupação com o estabelecimento da justiça material, no caso representado pela tutela do devedor consumidor e do empregado, o que conduz as cortes a responsabilizar automaticamente a pessoa do sócio em face de dívidas da companhia. Na relação de consumo, é certo que os tribunais encontram-se plenamente respaldados pela disposição do artigo 28, § 5º do CDC.

Relativamente à esfera trabalhista, porém, cuida-se de uma construção, que não possui um balizamento sistemático claro, o que pode comprometer a segurança jurídica.

De certa forma, o mesmo risco aparece no âmbito tributário, na medida em que a justificada preocupação da Fazenda em assegurar a cobrança de potenciais créditos

pode conduzir a um desequilíbrio, configurado na abolição da responsabilidade limitada, tornando regra a vulnerabilidade do patrimônio pessoal do sócio.

O que se percebe nitidamente é que a desconsideração da personalidade jurídica não atende sempre a idênticos propósitos, variando de amplitude e de pressupostos conforme o ramo do direito material que se leve em consideração. É por essa razão que se justificam, por exemplo, tutelas especiais mais largas ao trabalhador e ao consumidor. Disso resulta a conveniência de se manter a diversidade das normas, acrescentando-se ao art. 50, do Código Civil – diploma que mantém a sua função de eixo do sistema privado – um parágrafo que abre à legislação especial a possibilidade de ampliar permissivos da desconsideração. Na legislação especial, tendo em vista os fins protetivos precípuos que se buscam alcançar, justificam-se certas regras como a desconsideração por obstáculo à indenização do consumidor (parágrafo 5º do art. 28, CDC) ou a extensão da responsabilidade ao sócio não administrador e ao sócio minoritário no Direito do Trabalho, como se propõe logo abaixo, haja vista a ampla predominância do princípio do benefício auferido pelo empregador com o uso da força de trabalho, além da natureza alimentar do salário. Por outro lado, as situações especiais não são uniformes, o que determina que se atribuam tratamentos diferentes ao Direito Tributário frente ao direito do Trabalho, por exemplo.

O que em essência se deve discutir são as efetivas causas autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica. No Código Civil, a figura central é a do abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. No primeiro caso, encontram-se na jurisprudência relatos de entidades sem fins lucrativos que distribuía resultados. No segundo, situações de empresas com sócios em comum, que transferem bens de uma a outra para esvaziar o patrimônio da empresa endividada. A figura do abuso, entretanto, é a que domina, atraindo várias situações caracterizadas como fraude aos legítimos interesses dos credores.

Outras hipóteses também são versadas nos tribunais, como a dissolução irregular, que se caracteriza pela presença de dívidas, ausência de baixa regular e pela inatividade, que pode ser comprovada por certidão do Oficial de Justiça diante da contestação fática de que não a empresa não opera mais no endereço indicado.

Questões igualmente cruciais manifestam-se no campo processual, pois a persecução

dos créditos em circunstância excepcional, como a que se faz presente na desconsideração da personalidade jurídica, contém o risco de violação a direitos fundamentais processuais, tais como o devido processo legal e o do contraditório.

Todavia, é necessário assegurar a eficácia da medida, o que implica temperar as garantias processuais com o finalismo do direito material, deferindo ao juiz a possibilidade de determinar a penhora de bens dos sócios ou responsáveis pela origem dos débitos, independentemente de citação ou intimação, sem prejuízo do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nesse contexto, cumpre formular a recomendação de que se aprimore o direito nacional, para o fim de estabelecerem as seguintes alterações legislativas:

- a. Código Civil – Parte Geral: acrescentar um parágrafo único ao art. 50:

Art. 50. (...)

Parágrafo único. Sem prejuízo das disposições gerais deste artigo, lei especial poderá disciplinar outros casos de desconsideração da personalidade jurídica.

§ único.

- b. CPC – Acrescentar um parágrafo único ao art. 592:

Art. 592. (...).

Parágrafo único. No caso de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 50, do Código Civil ou de lei especial, o juiz poderá deferir a penhora dos bens do sócio, independentemente de citação ou intimação, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

- c. CLT – Acrescentar ao art. 2º os seguintes parágrafos:

Art. 2º. (...).

§ 1º. (...).

§ 2º. (...).

§ 3º. Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, em detrimento do patrimônio do sócio, majoritário ou minoritário, e do administrador.

§ 4º. O ex-sócio poderá ser responsabilizado desde que este participasse da sociedade ao tempo da constituição do crédito.

§ 5º. Se a pessoa jurídica devedora estiver vinculada a grupo econômico, a responsabilidade dos sócios será subsidiária em relação todas as empresas do grupo.

§ 6º. Nas sociedades de capital aberto, o acionista não administrador responderá apenas na proporção das suas ações.

§ 7º. Se o credor for empregado de entidade sem fins lucrativos, a desconsideração da personalidade jurídica dependerá de prova de desvio de finalidade ou confusão patrimonial causada pelos administradores.

d. CTN - Acrescentar ao art. 135 os seguintes parágrafos:

Art. 135. (...)

§ 1º. Somente poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, em detrimento do patrimônio do sócio-gerente ou administrador ou que detenha poderes de gerência, salvo se o sócio agiu em violação de lei comercial, estatuto ou contrato social.

§ 2º. O ex-sócio poderá ser responsabilizado desde que este tenha participado da sociedade ao tempo da constituição do crédito tributário.

§ 3º. Considera-se violação de lei comercial, estatuto ou contrato social os casos de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou abuso da personalidade jurídica, devidamente comprovada. 6 REFERÊNCIAS

6. REFERÊNCIAS

BARACAT, Eduardo Milléo. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho – interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: *Revista LTr*, 72-05/576, p. 66-67, maio 2008.

BARACT, Eduardo Mille. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade Limitada Empregadora: o problema do sócio minoritário, in *Revista de Direito do Trabalho*, 2008, p. 53.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2006.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, tomo III, Almedina, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, ed. Almedina, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do Trabalho - 4.ª Edição*. – São Paulo: LTr, 2005.

DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

EISENBERG, Melvin Aron. *Coporations and other business organizations – cases and materials*, 8ª ed, Foundation Press, 2000.

GLOGER, Christian. A Responsabilidade Civil dos Sócios de uma Sociedade Limitada em Relações de Consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, p. 76.

GUASPARI, Mariângela de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no atual ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado da PUC, 2002.

HATTENHAUER, Hans. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, Beck Verlag, Munique, 2000.

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

KÜBLER, Friedrich. *Gesellschaftsrecht*. C.F. Müller, 1981.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito Processual do Trabalho*. – 3.^a Edição. – São Paulo: LTr, 2005.

MADALENO, Rolf Hanssen. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. Dissertação de Mestrado da PUC, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentença e outros* – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

NAHAS, Thereza Cristina. Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho. *LTR Suplemento Trabalhista*. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amanda Gomes. *A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista*. Justiça do Trabalho: Porto Alegre. V. 24, n. 277, jan. 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica, in *Revista dos Tribunais*, vol. 410, 1969, p. 12.

REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil – Apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações em Geral), in *Revista dos Tribunais*, vol. 477, 1975, p. 11.

RIBEIRO, Gysita Schaan. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: análise e fundamentos jurídicos. *Revista IOB: Trabalhista e Previdenciária*: São Paulo. São Paulo, v.20, n.239, p. 12-26, maio 2009

ROCHA, Antônio do Rêgo Monteiro. *Código de defesa do consumidor: desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, ed. Malheiros, 1995.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não do Ministério da Justiça

SANTOS, Hermelino de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2003

SCHAHIN FILHO, Nassaralla. *A desconsideração no novo código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora IBCB, 1990.

SERICK, Rolf. *Forma e Realtá della Persona Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.

TORRES, Heleno Taveira/Queiroz, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CTN. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo - SP: Quartier Latin, 2005.

VAZ, José Otávio de Vianna. *A responsabilidade tributária dos administradores de sociedade no Código Tributário Nacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali*, Milano, Giuffrè, 1964.

VILLELA, João Baptista. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, in *Repertório IOB – Jurisprudência*, n. 11/1991, p. 233.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil, in *Revista de Direito Privado*, vol. 10, 2002, p. 69.