

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: REGIME JURÍDICO

Alcebiádes Tavares Dantas

Sumário: 1.Introdução. 2.Observações Iniciais. 3. Pessoa Jurídica e despersonalização. 4.Hipóteses legais da desconsideração *da pessoa jurídica*. 5. Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. 6.Conclusões. 7.Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos processos de execução trabalhista, e em decorrência das dificuldades em prosseguir com a execução em bens da sociedade, tornou-se uma prática rotineira a imediata a desconsideração da personalidade jurídica com a determinação para o prosseguimento da execução em bens particulares dos sócios, gestores ou mandatários, inclusive com a realização de penhoras *on-line* em contas bancárias, muitas vezes onde são depositados salários ou vencimentos, até mesmo em contas de sócios que já haviam se retirado da sociedade, de sócios que não exerceram cargos de gestão, ou mesmo de sociedades que já encerraram suas atividades.

A orientação adotada não decorre do exame de fraudes contra credores, fraude à execução, fraude na sucessão de empregadores, assim como, muitas vezes, não decorre do exame do modo e da forma como os negócios foram conduzidos, ou da destinação do patrimônio da sociedade, ou mesmo do exame da responsabilidade e participação dos sócios administradores, sócios nãoadministradores, ex-sócios, ou mesmo de administradores não sócios, que não integram o título executivo, ou mesmo exame do que ocorreu com os proprietários de fato.

O posicionamento que vem sendo seguido pode ser questionado de várias formas. Um deles decorre do ensinamento de Wilson de Souza Campos Batalha, para quem, a rigor, "os sócios, não ocorrendo dolo ou culpa, nem atos contrários à lei ou *ultra vires*, não respondem diretamente pelas dívidas da sociedade, mas apenas subsidiariamente inexistindo bens sociais suficientes", e que,

" [...] embora assim sendo, parece claro que a responsabilidade só se efetivará se o responsável for citado e, afinal, condenado, posto que indispensável à execução é que o nome do executado conste no título executivo judicial. A extensão da responsabilidade, por execução, a terceiros que não se mencionem no título executivo, só é possível em hipóteses à fraude á execução, ut art. 593 do Código de Processo Civil. Excluídas essas hipóteses a responsabilidade só poderá estender-se a quem integrar o processo executório e constar no título executivo judicial."

Prossegue ele dizendo que:

"[...] entretanto têm surgido divergências jurisprudenciais notórias, sobretudo no Direito Processual Tributário, acerca da possibilidade de promover-se a execução fiscal contra sócio, gerente ou diretor, cujo nome não conste no título executivo (dívida inscrita), se não forem encontrados bens da sociedade, sendo também hesitante a jurisprudência acerca da extensão da responsabilidade trabalhista a sócios, gerentes ou diretores cujos nomes não tenham sido mencionados no pronunciamento condenatório. Essa extensão só seria possível nas hipóteses de fraude à execução ou de extinção e liquidação de *facto* de pessoas jurídicas para baldar os atos executórios pelo "desaparecimento" do executado."

Também conclui que, "excluídas as hipóteses de fraude à execução e de dissolução e liquidação de *facto* de pessoas jurídicas, não pode estender-se a execução a quem não tenha participado, pessoalmente do processo e cujo nome não conste no título executivo judicial".

A "*disregard of corporate entity*" caracteriza-se na medida em que se confunde o patrimônio com o desvio de bens, ou na ocorrência de fraude, objetivando a desconsideração da personalidade coibir a consolidação dos malefícios contra credores ou terceiros, mas, por outro lado, algumas vezes, não estamos, a rigor, diante das hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, mas tão somente de simples responsabilização pessoal, objetivando o presente trabalho a estudar o exame do sistema de legalidade existente sobre a matéria e responder se é correto ou não o procedimento anteriormente citado.

O presente trabalho tem por objetivo estudar os aspectos relacionados com esse tema.

2 OBSERVAÇÕES INICIAIS

É possível inicialmente constatar que a execução é realizada contra quem não consta no título executivo, assim como a existência de limitações do próprio processo de execução trabalhista, que impede uma ampla discussão sobre a matéria, uma vez que, pelo executado ou por terceiros, só podem ser usados os Embargos à Execução ou então Embargos de Terceiros, assim mesmo, com as limitações processuais que inadmitem o uso do recurso de revista.

Por outro lado, quanto aos Embargos de Terceiro, a Súmula 184 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelecia que "em execução movida contra sociedade por quotas, o sócio-gerente, citado em nome próprio, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro, visando livrar da constrição judicial seus bens particulares".

É certo, no entanto, que, opondo embargos de execução, o sócio-gerente poderá alegar qualquer matéria que lhe seja útil, inclusive a inexistência de sua responsabilidade pessoal, mas, por se tratar de execução e, quanto aos Embargos de Execução no Processo do Trabalho, devem ser mencionados os estreitos limites que a lei lhe deu (Art. 884 da CLT, § 1º: "A matéria de defesa será restrita às alegações de

cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida"), bem como mencionar os limites de admissibilidade ao Recurso de Revista no processo de execução trabalhista, cuja previsão é tão somente de discussão de violação de texto constitucional, impedindo o exame de violação de lei infraconstitucional ou mesmo conflito jurisprudencial, consoante Enunciado 266 do TST, do seguinte teor:

A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação da sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal.

Registro também que o procedimento citado na introdução do presente trabalho tem sido adotado como regra e sem observância das peculiaridades de cada caso, ou do sistema de legalidade previsto em lei no que diz respeito ao tipo de sociedade, ou, ainda, sem exame das responsabilidades pessoais, além de, muitas vezes, ser efetivado sem a observância do contraditório, sem prova de abuso de direito por parte de diretores, sócios ou gerentes, ou sem prova de desvio ou excesso de poder, mediante simples pedido e imediato despacho.

Não se observa também o fato de que, no sistema de legalidade em vigor, a pessoa jurídica tem patrimônio autônomo e é distinta dos seus membros, assim como são distintos os patrimônios.

Também não é feita a distinção entre má administração da simples incompetência administrativa do administrador, a primeira prevista na lei do consumidor quando "houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por **má administração**", que pressupõe a administração ruínosa e na qual são usados meios fraudulentos, envolvendo dilapidação patrimonial que acabam por tornar insolável a sociedade, enquanto a incompetência administrativa é relativa ao administrador honesto, de boa-fé, porém infeliz nos atos de administração, sendo até mesmo incompetente, mas que não poderá ser responsabilizado com apoio na lei mencionada.

Quanto à incompetência administrativa, Sérgio Campinho (p.65, 2005), cita decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câmara, Apelação nº 507.880-6, do seguinte teor:

Percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica.

Muitas vezes também não são feitas distinções (1) quanto ao encerramento ou inatividade sem que a sociedade passe por regular procedimento de dissolução e liquidação, hipótese que configura a dissolução irregular e que é configuradora da responsabilidade de todos os sócios (mas que não é, a rigor, a hipótese técnica da desconsideração da personalidade), (2) das hipóteses do regular encerramento das atividades a partir de um processo regular de apuração de ativo e passivo e, (3) quando verificada a insuficiência do ativo, configuradora da falência, circunstância em que a responsabilização dos administradores ou até mesmo dos sócios não fica

obstada pela personalidade jurídica da sociedade, mas deve ser remetida ao exame das hipóteses previstas na lei de falência, afastando a desconsideração da personalidade no processo do trabalho.

Uma prática tão amplamente aplicada não parece estar autorizada de forma tão genérica, ou encontrar apoio no artigo 50 do Código Civil, que tem o seguinte teor:

Art. 50- Em caso de *abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores, ou sócios da pessoa jurídica.*

E isso porque há na própria norma citada uma exigência legalidade quanto aos requisitos exigidos que autorizariam o magistrado a agir, quais sejam: 1) a de prova de abuso da personalidade jurídica; 2) a caracterização e prova do desvio de finalidade; 3) prova de confusão patrimonial.

Também não parece estar autorizada no artigo 596 do CPC, o qual estabelece que:

"[...] os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, **senão nos casos previstos em lei**; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade".

O § 1º do aludido artigo, por sua vez, estabelece que "cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo nomear bens da sociedade sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito".

Há, portanto, uma exigência de expressa previsão legal autorizadora, bem como o direito de serem excutidos em primeiro lugar os bens dos sócios.

Também não parece estar autorizada pelo art. 1088 do Código Civil, no que pertine na sociedade anônima, o qual estabelece que "**na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir**".

Também não está autorizada uma responsabilização genérica de todos os sócios, quanto à **Sociedade em Comandita por ações**, que tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas às sociedades por ações, e na qual, segundo estabelece o art. 1090 do Código Civil, somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como **diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, e, se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis**.

Também não parece autorizada, e isso em decorrência do regime legal estabelecido, pelos artigos 663 e 665 do Código Civil, do seguinte teor:

Art. 663- Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

Art. 665- O mandatário que exceder aos poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.

Na primeira regra, se o mandatário age em nome da empresa, o responsável é a empresa, enquanto na segunda, que fala na má-gestão, uma vez que recebeu poderes, mas os excedeu e trabalhou além deles, só se opera a responsabilidade solidária após a empresa reconhecer esses atos.

O art. 868 do CC, por sua vez, estabelece que:

“O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesse seu.”

Má-gestão de mandatário, ou do gestor, só produz efeitos contra ele quando reconhecida pela empresa, ou pelo judiciário através do meio processual adequado, que não é uma reclamação trabalhista.

O que foi citado acima revela a existência de fundamentos objetivos para definir a má-gestão, mas ainda assim teria que ser declarada em processo próprio.

A Súmula 112 do antigo Tribunal Federal de Recursos já havia pacificado o entendimento de que, na hipótese que é seu objeto, existe um sistema de legalidade:

“Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação de lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.”

Mas, contrariamente aos dispositivos citados, a prática parece encontrar autorização nos seguintes artigos do Código Civil:

1. Art. 981 -*“Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas, **E A PARTILHA, ENTRE SI, DOS RESULTADOS**”.*

2. Art. 1023 -*“Se os bens da sociedade não cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, **na proporção em que participem das perdas sociais**, salvo cláusula de responsabilidade solidária”.*

3. Art. 1016 -*“Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, **por culpa no desempenho de suas funções**”.*

4. Art. 1024 - "Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais".

5. Art. 1025 - "O sócio admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à administração".

Também têm sido penhorados bens de sócios que não são ou foram diretores, outras vezes dos que já haviam saído da sociedade, ou mesmo de acionistas das sociedades anônimas sem sequer atentar para os limites de sua participação acionária, ou mesmo sem observar que os bens dos sócios só respondem nos casos previstos em lei, segundo a dicção do art. 596 do CPC.

Sendo distintas as sociedades comerciais, distintas as responsabilidades, distintas as conseqüências do encerramento das atividades das empresas, ou as conseqüências da inadimplência, formando a sociedade pessoa jurídica corporativa um condomínio de patrimônio, ao qual a ordem jurídica confere direitos e obrigações diferentes daqueles relativos aos condôminos, como decidiu o STJ, 1ª Turma, no Resp 242721-SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 17.9.2001, p.112, RSTJ 150/77. Em princípio, não se comunicam as obrigações entre as sociedades e os sócios, assim como não se comunicam os bens, levando a que a constrição dos bens dos sócios não possa ser feita de forma ampla e ilimitada, ou por simples conveniência de um credor ou do processo de execução.

A jornada STJ 59 confirma o entendimento de que existem limites à desconsideração ao se posicionar no sentido que "os sócios-gestores e os administradores das empresas são responsáveis **subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má-gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto**, consoante estabelecem os artigos 990, 1009, 1116, 1117 e 1091, todos do Código Civil", portanto limitando e excluindo os sócios que não são gestores ou administradores.

Os dispositivos citados em que se apoiou a jornada para editar o enunciado 59 têm a seguinte redação:

Art. 1091 - "Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, **como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade**".

Art. 990 - "Os bens dos sócios respondem pelos atos de gestão, **praticados por qualquer dos sócios**, salvo pacto expresse limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

Art. 1009 - "A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade".

Art. 1116 - "Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que sucede a elas em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos".

Art. 1117 – “A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo”.

Art. 1119 – “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

3 PESSOA JURÍDICA E DESCONSIDERAÇÃO

Ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003), que "as sociedades estão reguladas pelo CC 982:

- a) sociedades empresárias;
- b) sociedades simples (não empresárias)”.

“A sociedade empresária é a que exerce atividade empresária, isto é, atividade econômica organizada e habitual destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, conforme art. 966 *caput*, com o intuito de um outro resultado econômico. A sociedade simples é a que exerce atividade econômica não comercial ou empresarial, como as de profissão intelectual, e natureza científica, literária ou artística, salvo se a referida atividade constituir-se um elemento da empresa (CC 966, parágrafo Único).

O CC não considera como empresárias as atividades: a) do pequeno empresário, dada à natureza artesanal de sua atividade (*v.g.* trabalho próprio ou de familiares); b) dos que exercem profissão intelectual, que tenha natureza científica, literária, artística; c) do empresário rural, facultado, entretanto, a ele, que se inscreva no Registro das Empresas, caso em que a atividade comercial passará a ser regida como atividade empresarial; d) sociedade simples, que visa realizar atividades econômicas não empresariais (CC 997), embora subordinem-se ao direito empresarial”.

É a lei que estabelece as prescrições legais para a constituição das sociedades, autoriza o nascimento, estabelece a capacidade e a personalidade e a aptidão para adquirir direitos, contrair obrigações, além da aptidão para exercê-los, sem que se confundam com as pessoas naturais ou com os sócios.

A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio, na forma da lei e dos seus atos constitutivos, consoante o art. 981 do Código Civil, que exige a celebração de contrato das pessoas que se obrigam a contribuir, bem como o art. 985 CC, o qual estabelece que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

O art. 45 do Código Civil, por sua vez, estabelece que "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessária, de autorização ou

aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passa o ato constitutivo”, enquanto o art. 1150 CC, por sua vez, estabelece que "o empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público das Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das pessoas jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária".

É, portanto, a partir do registro, que começa a existência legal da sociedade, terminando após a partilha do acervo remanescente entre os sócios, acaso existente, e quando ultimada a fase de liquidação judicial ou extrajudicial. Consenso entre os sócios pode levar a dissolução, ou por haver a anulação de sua constituição quando ocorre judicialmente. Durante o processo de dissolução, a sociedade dissolvida mantém a sua personalidade jurídica.

Os efeitos da personalização, oriundos da criação reconhecida pelo direito como pessoa jurídica distinta da dos criadores, levam a que sejam as sociedades capazes de direitos e obrigações, passem a ter existência distinta da dos seus membros e, tendo patrimônio próprio (autonomia patrimonial), o patrimônio social não se confunda com o dos sócios e, ainda, que o seu patrimônio, independentemente do tipo adotado, é que irá responder pelas suas obrigações. A responsabilidade é sempre ilimitada, mas a sociedade só irá responder pelo seu passivo com as possibilidades do seu ativo, mas, dependendo do tipo societário e de circunstâncias específicas, os sócios poderão vir a responder de forma subsidiária e ilimitada pelas dívidas sociais.

Os sócios cotistas de sociedade, por outro lado, muitas vezes não praticam atos de gestão e "não são necessariamente comerciantes. De igual modo o relacionamento entre a sociedade e seus cotistas é de natureza civil, conforme STJ, 1ª T, REsp 242721-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, m.v.j.19.6, DJU 17/9/2001, p.112, RSTJ 150/77, o que impede uma responsabilização generalizada como não se houvesse qualquer disciplina legal sobre a matéria, até mesmo porque, segundo os arts. 186 e 187 CC, respectivamente, somente "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", ou "também comete um ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou, pelos bons costumes".

Clovis Ramalhete, como Consultor Geral da República, em parecer aprovado pelo Presidente da República, posteriormente publicado o extrato doutrinário como artigo intitulado "Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade Jurídica", Revista Forense, vol. 293, confirma o entendimento que o direito positivo brasileiro reconhece à personalidade jurídica das Sociedades Comerciais, decorrendo daí certos efeitos de direito. Um deles está em a Pessoa Jurídica distinguir-se dos seus sócios. Um outro efeito consiste em que, estando por lei personalizado o patrimônio da Pessoa Jurídica, este por isso destaca-se do patrimônio dos sócios. Nem pessoas nem patrimônios comunicam-se para efeito de direito.

Para ele, tanto a consideração da Pessoa Jurídica deve ser entendida como aplicação casuística e só viável e justificada com base na lei, como a desconsideração.

Ademais, como já mencionado, sempre haverá o benefício da ordem em favor do sócio, eis que primeiro devem ser excutidos os bens da sociedade, ficando os bens particulares dos sócios condicionados à exaustão do patrimônio social, com execução limitada ao tipo de responsabilidade existente, uma vez que não é possível, ou justo, que um sócio minoritário e não participante da administração, ou que não tenha nenhuma participação em abusos praticados, ou atos ilícitos, ou desvios sobre os quais não tem controle, responder com seu patrimônio particular.

Clovis Ramalhete, no trabalho citado, também refere à desconsideração dizendo que ela "não chega a desconstituir a personalidade. Apenas não se lhe reconhece eficácia jurídica; **E ISSO, CASO POR CASO**", assim como afirma que "é difícil, mas não impossível, estabelecer qual seja o apoio jurídico legal que se dê ao ato de afastar a personalização. Ela porém sempre resulta de um caso concreto".

Como a sociedade tem existência distinta da dos seus membros, é titular de personalidade e, em nome próprio, titular de direitos e obrigações, torna-se também questionável que o sócio não participante da gestão, ou que não tenha poderes de direção ou possa interferir nos negócios, ou que, sobre eles não tenha nenhum controle, possa responder por um ato ilícito praticado por outrem, até mesmo porque, conforme já mencionado, o art. 186 do Código Civil estabelece que somente aquele que, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Quando, por sua vez, não foi provado o fim ilícito da administração dos sócios que com a sociedade se confundem, dado o controle acionário que detêm, ou quando não foi provada a exigência dos requisitos estabelecidos nos dispositivos citados no início do presente trabalho, que autorizam a desconsideração, não é possível executar os bens dos sócios.

Fábio Konder Comparato (1978, p.295) assinala que:

"[...] um dado porém é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica **é sempre feita em função do poder de controle acionário**. É este o elemento fundamental que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes".

Fábio Ulhoa Coelho, *apud* Sérgio Campinho (2005, p.68), defende que a teoria da superação só se mostra pertinente

"[...] quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar da superação da sua autonomia. E, quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito,

responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu".

É que, se a imputação pode ser direta e se a existência da pessoa jurídica não é um obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há como falar ou cogitar da superação da sua autonomia, ou mesmo da existência da própria pessoa jurídica.

Ocorre que a sociedade pode, em certas circunstâncias, ser instrumento de fraude contra credores, ou tornar-se manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, ou mesmo com conhecimento de outros sócios, objetivando a consumação de fraudes ou mesmo abuso de direitos cometidos por meio da personalidade adquirida.

Foi para coibir a prática de atos ilícitos, abusos, confusão patrimonial ilícita ou ilegal, que nasceu a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, não tendo ela nascido tão-somente para satisfazer os credores com o patrimônio dos sócios, tanto que Rubens Requião, que foi o primeiro jurista a tratar do assunto, usa a expressão "**em certos casos desconsiderar ou efeitos da personificação**, para atingir a responsabilidade dos sócios" contudo sem objetivar declarar nula a personificação, mas tão somente torná-la momentaneamente ineficaz, mas observando o sistema de legalidade existente, portanto reconhecendo os limites impostos.

Não se admite nem a personificação absoluta, especialmente quando é ela usada como instrumento de atos ilícitos, fraudes ou abusos, confusão patrimonial, nem a despersonificação de qualquer forma ou modo, até mesmo porque há um regramento legal a ser obedecido.

Sérgio Campinho (2005, p.66) ensina que:

"[...] tem aplicabilidade a teoria da desconsideração, por exemplo, quando o sócio transfere bens que, em realidade, pertencem à sociedade "A" tais como aqueles que compõem o estabelecimento empresarial (fundo empresarial), necessários ao exercício de sua empresa, mas que foram formalmente transmitidos para o patrimônio da sociedade "B", por eles também integrada, com o fito de esvaziar o ativo social da sociedade "A", pondo "a salvo" certos bens dos credores sociais, embora tais bens permaneçam a ser por ela utilizados no desempenho de sua empresa".

No Brasil, o primeiro regramento sobre a desconsideração da personalidade encontra-se na Lei nº 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor - que, no seu art. 28, estabelece um rígido sistema de legalidade ao dispor que:

"[...] o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, **HOUVE ABUSO DE DIREITO, EXCESSO DE PODER, INFRAÇÃO DE 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**".

Como a relação de emprego não é uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor não poderia ser aplicado nas execuções do processo do trabalho, a não ser que se faça a aplicação por analogia, observando-se, no entanto, que o aludido dispositivo legal não incluiu a fraude, e, ainda, olhando com reserva a figura de "excesso de poder", ou com cuidado o que se deve entender por "infração da lei", em face das inúmeras leis existentes e de estarmos num regime aberto que admite várias formas de interpretação.

Quando alguém, na qualidade de sócio controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, em virtude de comportamento ilícito, responde também pela indenização decorrente do ato ilícito em que incorreu, mas sem que seja possível, de imediato, atribuir aos outros sócios uma responsabilização pessoal porque não agiram com dolo ou culpa, culpa que decorreria de um exame de uma possível omissão e sem que se lhes possa atribuir, de imediato, uma responsabilização por ato comissivo.

4 HIPÓTESES LEGAIS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

Além das leis já citadas, encontramos outros exemplos nas leis brasileiras que informam o regime legal da desconsideração e a responsabilização de sócios e administradores; nestes casos não se tratando, a rigor, de desconsideração, mas, sim, de responsabilização direta.

LEI Nº 8.866, DE 11/04/1994

A Lei nº 8.866, de 11/4/1994, oriunda da Medida Provisória nº 449, de 17 de março de 1994, que dispõe sobre depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, define como tal a pessoa a quem a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas, contribuições, inclusive da seguridade social. Considera aperfeiçoado o depósito na data do recebimento, sendo que o art. 7º estabelece que, quando o depositário foi a pessoa jurídica, a prisão será decretada contra seus diretores, administradores, gerentes ou empregados que movimentem recursos financeiros, isolada ou conjuntamente.

Caracterizada a situação de depositário infiel, o art. 3º exige o ajuizamento de ação civil a fim de exigir o recolhimento do valor do imposto, taxa ou contribuição descontada, com os correspondentes acréscimos legais, enquanto o art. 4º estabelece que, na petição inicial, deverá constar o pedido para recolher ou depositar a importância correspondente ao valor do imposto e a cominação de prisão caso não seja recolhida ou depositada.

O art. 7º, por sua vez, estabelece que, quando o depositário infiel for pessoa jurídica, a prisão referida no § 2º do art. 4º será detratada contra seus diretores, administradores, gerentes ou empregados que movimentam recursos financeiros isolada ou conjuntamente.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional, por sua vez, traz regras específicas definindo e, ao mesmo tempo, estabelecendo responsabilidades sobre a matéria:

Art.134- "Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este ***nos ATOS EM QUE INTERVIERAM OU PELAS OMISSÕES POR QUE FOREM RESPONSÁVEIS:***

I,II) -(...)

III- "***os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes***";

IV,V,VI- (...)

VII- "***Os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas***".

Além das restrições citadas, o art. 52 do Código Civil, por sua vez, estabelece uma outra limitação, a que decorre do direito de personalidade, qual seja, a de que "aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade", enquanto o art. 12 do mesmo diploma legal estabelece que "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei", indicando que a penetração, até o substrato da pessoa jurídica e estendendo-se mais além, para bens particulares, tem sempre caráter excepcional, viola o direito da pessoa jurídica individual, confundindo personalidades, patrimônios e o que o direito quis separar, até mesmo porque, quando se formula o pedido que pode ensejar o desprezo pela forma da personalidade, tem-se de prová-lo e justificar, pelo menos toda vez que seja cabível e exigível falar em ônus da prova, assim como deve ser obedecido o regime legal que disciplina a matéria.

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

1. O antigo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que Regula a constituição de sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, segundo Nelson Nery, tacitamente revogado pelo novo Código Civil, no art. 100, estabelecia que:

Art. 10 - Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, MAS RESPONDEM PARA COM ESTA E PARA COM TERCEIROS SOLIDÁRIA E LIMITADAMENTE PELO EXCESSO DE MANDATO E PELOS ATOS PRATICADOS COM VIOLAÇÃO DO CONTRATO OU DE LEI.

Os requisitos naquela época exigidos, caso se defenda e entenda pela inaplicabilidade do aludido dispositivo em face do entendimento de sua revogação, e isso porque o CC 2037 pode levar a entendimento contrário quando estabelece que, "salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições da lei não revogadas por este Código, referentes a

comerciante, ou a sociedades comerciais, bem como as atividades mercantis", eram os seguintes:

1. Excesso de mandato;
2. Violação do contrato;
3. Violação de lei, a qual não se confunde com o descumprimento de obrigações legais ou com a prática de ato ilícito.

Hoje, pelo CC, no que concerne as sociedades de responsabilidade limitada, são várias as hipóteses:

1. O art. 1.052 estabelece que: ***"na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social"***.

2. O § 1º do art.1055, por sua vez, estabelece que "pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade".

3. O art. 1058 disciplina hipótese de não integralização de sócio remisso, excluindo-o e devolvendo o que houver pago.

4. O artigo 1059 disciplina a hipótese de reposição de lucros ou de quantias retiradas, a qualquer título, quando se distribuírem com prejuízo do capital.

5. O art. 1060 atribui a administração a uma ou mais pessoas designadas no contrato, mas o parágrafo único não atribui a administração ao sócio que posteriormente adquiriu essa qualidade.

Sobre este tipo de sociedade, Sérgio Campinho (2005, p. 72) cita decisão do Tribunal de Alçada do Paraná do seguinte teor:

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — desconsideração da personalidade jurídica — aplicação que requer cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física — necessidade de que seja apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio de finalidade social da sociedade, com provento ilícito dos sócios.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Pelo artigo 2º, § 2º, a CLT não desconsidera propriamente a personalidade jurídica, mas cria um único empregador e uma solidariedade, legal, decorrente da lei, embora as empresas estejam legalmente separadas, quando a empresa ou várias delas encontram-se sob controle ou administração de outra, considerando o grupo em solidariedade direta, enlaçando as empresas e tornando-as responsáveis independentemente de abuso, ato ilícito ou confusão patrimonial.

A redação do § 2º do art. 2º tão somente estabelece que:

[...] sempre que um ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No que pertine à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços e a desconsideração da personalidade para evitar a execução contra o tomador de serviços, no processo RO nº 00549.2006.005.14.00-3, recorrente o Estado de Rondônia, recorridos Carlos Boudreau Garcês dos Santos, Firmino Gilberto Banus e Condor Vigilância e Segurança Ltda, o Estado de Rondônia pediu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa aduzindo que, caso a empresa não tenha patrimônio para honrar suas dívidas trabalhistas, deve-se atingir o patrimônio dos sócios. Amparou o pedido no disposto nos artigos 135 do Código Tributário Nacional (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 estatuto: I- as pessoas referidas no artigo anterior; II- os mandatários, prepostos e empregados; III- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado"), 28 da Lei nº 8.078/90 e 18 da Lei nº 8.864/94, mas entendeu o TST que o novo Código Civil no art. 50, estabeleceu previsão normativa expressa sobre a teoria da desconsideração da personalidade, apontando as hipóteses, quais sejam: abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial, assim como entendeu que a desconsideração é medida excepcional que só deve ser imposta quando existirem provas robustas ou fortes indícios de constituição fraudulenta da sociedade, da intenção de obstruir eventual credor, assim como se houver, por parte de seus dirigentes, prática de ato ilícito, abuso de poder ou violação de normas.

No processo TST AIRR-2723/2003-021-02-40, DJ 01/11/2006, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, foi estabelecido que a desconsideração da personalidade jurídica envolve relação de solidariedade, não se tratando, pois da subsidiariedade, da qual decorrem as obrigações dos sócios pelas dívidas trabalhistas, se a empresa não as satisfizer.

Entendeu, ainda, que é "imperiosa a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), sob pena de inviabilizar a satisfação do crédito trabalhista, de natureza alimentar", bem como entendeu que "o descumprimento de direitos trabalhistas caracteriza a violação de lei. A responsabilidade do recorrente decorre da sua qualidade de Diretor Presidente, seja como acionista, seja como mero subscritor de ações posteriormente não integralizadas, o que dada a gravidade das circunstâncias que envolveram a interdição e o encerramento das atividades da empresa empregadora, faz por levantar forte suspeita de irregularidades também nas manobras relativas às alterações do quadro societário. Entendeu, ainda, que o recorrente era parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

No processo AIRR-1577/1996-012-03-40, em que é agravante José Batista Ferreira e agravados Cid Alves, Pinto Júnior e Aurora Participação e Administração S/A e outro, o Tribunal Superior do Trabalho, examinando decisão do Tribunal Regional do Trabalho que **desconsiderou a personalidade jurídica ante o insucesso no praxeamento de bens** e que o acionista controlador **não agiu com probidade e diligência**, bem como que **a sociedade foi mal administrada**, não

encontrando bens passíveis de penhora, **ainda que se trate de sociedade anônima**, bem como entendeu que houve venda de bens com o intuito de burlar a execução, decidiu que não havia ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF.

SOCIEDADES ANÔNIMAS

O art. 1088 do Código Civil, no que pertine à sociedade anônima, como anteriormente já foi mencionado, estabelece que "na **sociedade anônima** ou **companhia**, o capital divide-se em ações, **obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir**", portanto estabelecendo que os sócios obrigam-se apenas pela integralização das ações subscritas.

Quanto ao administrador, o art. 158 da Lei nº 6.404/76 dispõe que "o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão: responde, porém, civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder: I Dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II Com violação de lei ou do estatuto.

O § 2º do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelece que "os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles".

Já o art. 117 da mesma lei dispõe que "o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder", enquanto o § 1º estabelece quais "são as modalidades de exercício abusivo de poder":

"a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalhem na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização de bens estranhos ao objeto social da companhia.

No caso da alínea "e" do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

SOCIEDADE EM COMUM, OU IRREGULARES, OU SOCIEDADES DE FATO

As sociedades em comum, também chamadas de sociedades irregulares, ou sociedades de fato, ou sociedade sem registro, têm natureza de sociedade porque nelas se identifica a *affectio societatis*, mas não são pessoas jurídicas uma vez que estas adquirem personalidade jurídica quando da inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio, conforme estabelecido no artigo 45 do Código Civil.

Os sócios, nesta hipótese, respondem na forma estabelecida no art. 990 do Código Civil, do seguinte teor:

Art. 990 - Todos os sócios respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, SALVO PACTO EXPRESSO LIMITATIVO DE PODERES, QUE SOMENTE TERÁ EFICÁCIA CONTRA TERCEIRO QUE O CONHEÇA OU DEVA CONHECER.

5 LEI QUE REGULA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A EXTRAJUDICIAL E A FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, estabelece no art. 75 que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa, enquanto o art. 77 estabelece que:

“[...] a decretação da falência **determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor E DOS SÓCIOS ILIMITADA E SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS**, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do país, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta lei.”

O artigo 81, por sua vez, estabelece que:

[...] a decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Determina também o § 1º do aludido dispositivo que:

[...] o disposto no *caput* deste artigo aplica-se AO SÓCIO QUE TENHA SE RETIRADO VOLUNTARIAMENTE, OU QUE TENHA SIDO EXCLUÍDO DA SOCIEDADE, HÁ MENOS DE 2 (DOIS) ANOS, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

O art. 82, por sua vez, estabelece que:

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

O art. 99, por outro lado, prevê a prisão preventiva do falido ou dos seus administradores quando requerida com fundamento em provas, da prática de crime definido na lei. Já o art. 103 determina que, "desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor".

O capítulo VII regula as disposições penais, que vão, em resumo, de fraude contra credores, a violação de sigilo, favorecimento de credores, desvio, ocultação ou apropriação de bens, omissão de documentos.

6 CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica visa salvaguardar interesses de terceiros contra fraudes e atos ilícitos praticados utilizando indevidamente a personalidade da sociedade, mas sua aplicação exige do magistrado zelo, parcimônia e observância do regime legal em vigor, que não admite uma prática generalizada ou tão somente para atender aos objetivos do processo de execução.

Somente verificando, mediante prova cabal e incontroversa, a existência de fraude ou abuso de direito, ou o desvio de finalidade da pessoa jurídica, é que é admitida sua aplicação como forma de reprimir o uso indevido.

Simples indícios e presunções de atos abusivos ou fraudulentos, ou ainda a simples incapacidade econômica da pessoa jurídica, não autorizam a aplicação do instituto.

Por outro lado, a disciplina atual do processo de execução trabalhista, inclusive a disciplina do recurso de revista no processo de execução, no que pertine ao assunto tratado, impede a defesa adequada dos que são atingidos com o procedimento referido, obrigando o uso de outras ações, entre as quais se encontram o Mandado de Segurança e a Ação Rescisória, com evidente contribuição para demora na solução dos litígios e acúmulo de serviços.

REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista : responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra sociedade. **Revista Ltr**, v. 58, n. 11, nov. 1994.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Renovar, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa apud Sérgio Campinho. **O direito da empresa**. São Paulo: Renovar, 2005. p.68.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. São Paulo: RT, 1978.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e anotado**. São Paulo: RT, 2003.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de legalidade, na "desconsideração da personalidade jurídica". **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 293.