

RENATA LUCIANE POLSAQUE

**ARTIGO 2º DA CLT: UMA QUESTÃO
DE DESPERSONALIZAÇÃO**

CURITIBA

2005

RENATA LUCIANE POLSAQUE

**ARTIGO 2º DA CLT: UMA QUESTÃO
DE DESPERSONALIZAÇÃO**

**Monografia apresentada à disciplina
Direito do Trabalho como requisito
parcial para a conclusão do curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.ª Aldacy Rachid
Coutinho.**

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA LUCIANE POLSAQUE

ART. 2º DA CLT: UMA QUESTÃO DE DESPERSONALIZAÇÃO


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientadora: Prof.ª. Dra. Aldacy Rachid Coutinho



Prof.ª. Dra. Thaís Poliana de Andrade



Prof. Dr. Wilson Ramos Filho

Curitiba, 26 de outubro de 2005

SUMÁRIO

<u>PREÂMBULO</u>	3
<u>1. CAPÍTULO PRIMEIRO CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO SUJEITO DA CONTRATUALIDADE</u>	5
1.1. <u>DESENVOLVENDO A HISTÓRIA DA PESSOA JURÍDICA</u>	5
1.2. <u>DESCONSIDERANDO A PESSOA JURÍDICA</u>	14
2.1.1. <u>NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</u>	20
2.1.2. <u>NO NOVO CÓDIGO CIVIL</u>	25
<u>2. CAPÍTULO SEGUNDO UM OLHAR SOBRE O DIREITO DO TRABALHO</u> <u>.....</u>	29
2.1. <u>CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO EMPREGADOR NA CLT</u>	29
2.2. <u>DESPERSONIFICAÇÃO OU DESCONSIDERAÇÃO?</u>	37
<u>CONCLUSÃO</u>	46
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	48

PREÂMBULO

O objetivo deste trabalho estará no exame da teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* a partir daquilo que o Código de Defesa do Consumidor e da inovação privatista trazem em seus diplomas, sobre o direito laboral.

A teoria do superamento foi importada da jurisprudência anglo-saxônica. No Brasil, embora assumindo contornos próprios, o objetivo da implementação de tal instituto foi o mesmo do modelo estrangeiro, limitar e coibir o desvio de função para a qual a pessoa jurídica foi criada.

A pessoa jurídica a princípio foi vislumbrada com o escopo de facilitar a realização de grandes empreendimentos, antes limitados pela figura da pessoa física. A partir da construção dessa figura jurídica, surgiram as sociedades personificadas, entes autônomos com direitos e obrigações próprios, que não se confundiam com as pessoas de seus membros, os quais investindo parcela do seu patrimônio, assumiam riscos de prejuízo limitado.

Por conta da relevância econômica deste instituto, a prerrogativa da separação patrimonial adquiriu força desmedida, a ponto de considerá-la um dogma insuscetível de afastamento. Problema algum haveria se esse instrumento não tivesse se tornado um viés para se burlar direitos e realizar fraudes.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras civilista têm como regra a proteção desse ente moral. Assim, a desconsideração seria uma reação excepcionalíssima que permitiria desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

No entanto, na seara trabalhista, o que se sustenta é a inaplicabilidade desse dispositivo dado o seu perfil restritivo, ao contrário do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Essa restrição do ordenamento laboral, afinada aos princípios da tutela do trabalhador e do valor do trabalho, dispõe que o empregador é a empresa, e não a pessoa jurídica. Ou seja, no direito do trabalho demanda a assimilação que o

destinatário das normas não será mais o sujeito/proprietário, mas o sujeito inserido num contexto coletivo. Este posicionamento, coerente com o fenômeno da constitucionalização, retira o foco do patrimônio, e volta-se para a dignidade da pessoa humana.

A seara civilista, imbuída pela forte corrente patrimonialista que guia seu ordenamento, busca implementar no direito do trabalho a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, sob o argumento de que aquela é fonte subsidiária desta.

Como se verá, a incompatibilidade de princípios entre os ramos do Direito; o caráter de direito fundamental dado aos créditos trabalhista; a previsão legal trabalhista da teoria da despersonalização e a subsidiariedade, primeiramente, à Constituição Republicana, afastam de antemão, a ingerência civilista nos direitos fundamentais laborista.

CAPÍTULO PRIMEIRO

CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO SUJEITO DA CONTRATUALIDADE

1.1. DESENVOLVENDO A HISTÓRIA DA PESSOA JURÍDICA

A Constituição Republicana brasileira contempla o sistema capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput* e incis. II e IV, CR)¹. Este sistema tem como regra a não intervenção do Estado, ou seja, a atuação estatal só se justifica quando servir à busca da satisfação dos interesses da coletividade². Por sua vez, a coletividade só pode ser entendida a partir do seu núcleo fundante, o *sujeito de direito*.

O artigo 1º da Lei 10.406/2002, Parte Geral do Novo Código Civil dispõe que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", diferentemente do Estatuto de 1916 que empregava no lugar de pessoa, homem. Ao fazer essa substituição, o dispositivo legal coloca a pessoa como sendo a figura que representa melhor a categoria sujeito de direito. Nesse jogo etimológico entre o ser (pessoa) e o ter (sujeito de direito), a figura abstrata sujeito de direito surge como um status ou estado pertencente a determinados grupos sociais, correspondendo à distinção jurídica de cada pessoa de todas as outras (TRABUCCHI, opud JUSTEN FILHO, 1987, p.35). Logo, sujeito de direito é um produto histórico e ideológico que tem servido à legitimação e manutenção de interesses dos sistemas social e econômico, sustentados pelo jurídico³.

¹ SILVA, J. A., 2003, p.775.

² RIBEIRO, 2000, p.23.

³ CARNEIRO et al., 1998, p.236.

Como exposto, os sujeitos de direito são identificados com a *pessoa*. No entanto, COUTINHO⁴ aduz que "sujeito de direito é a categoria jurídica, a pessoa natural e a jurídica que interage no mundo jurídico; é o ser no jurídico, sendo irrelevante sua consistência corpórea". Assim, o Direito dispensa a presença de algo palpável e concreto para moldá-lo a um ordenamento jurídico, basta que este ente abstratamente concebido seja capaz de travar relações jurídicas garantidores dos interesses patrimoniais. Portanto, é possível a coexistência da pessoa física e jurídica.

Nesse mesmo passo, MARÇAL JUSTEN FILHO (1987, p. 32-49) ensina que

o sujeito é o ser humano, pessoa é o sujeito reconhecido pelo direito como sujeito de direito, pessoa jurídica é a locução que indica uma das duas espécies de sujeito de direito, ao lado da pessoa física. Sujeito de direito, finalmente, é o receptor da proteção normativa (destinatário e sujeito da norma) e titular de deveres perante o mesmo ordenamento. O ser humano é inerentemente pessoa e a pessoa jurídica uma forma de sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico, conforme BOBBIO (1987, p.47).

Desse modo, a elucubração jurídica que resultou o sujeito de direito teve como finalidade alcançar entes importantes juridicamente, mas que não estavam limitados na figura do ser humano. Conseqüentemente, essa nova espécie de sujeito de direito (pessoa jurídica) também redundou da produção da vida social, sendo, portanto, um dado histórico.

Estudiosos do assunto, como FRANCESCO FERRARA (1929, p.531), afirma que a evolução conceitual de pessoa jurídica surgiu em Roma com a justificativa de conter o poderio dos cidadãos por meio de ditames de ordem pública. Mais adiante, o Direito Canônico aprimora tal instituto imbuído pelo "ímpeto evangelizador" de deter os meios de produção pelas sés católicas. Após o impulso da Igreja, os comerciantes das cidades portuárias do Mediterrâneo e do Atlântico Norte estavam ávidos por um instrumento jurídico que lhes proporcionasse maiores investimentos com o mínimo de riscos. Foi nesse sentido que surgiu a idéia de *gesammte Hand e Sondergut*⁵,

⁴ NORRIS et al., 2001, p.208.

⁵ TEPEDINO et al., 2003, p.89.

significando a comunhão de interesses para benefício recíproco. Embora tal definição pudesse exprimir parte das aspirações dos comerciantes, ainda assim, era insuficiente para demonstrar como se daria a segregação total do patrimônio da sociedade com a dos sócios. Por conta disso, seguiram vários debates chegando a caracterização da pessoa jurídica como aquela que coexistisse três fatores: *capacidade jurídica (interna corporis*, para fins de relacionamento entre a sociedade e o próprio sócio e *externa corporis*, para fins externos, com oponibilidade *erga omnes*); *autonomia patrimonial* (o sócio deixa de ter direito individual sobre o *quantum* que contribui, o direito passa a ser da sociedade); *limitação da responsabilidade dos sócios* (o patrimônio da sociedade e o do sócio não se confundem).

A composição da pessoa jurídica como sujeito de direito foi construída a duras penas, a retórica dos escolásticos, assim como do Direito Canônico compreendiam pessoa como sendo *ser humano*. Foi quando IMMANUEL KANT (2003, p.91), ao preceituar que a responsabilização dependia do elemento pessoa, que se cogitou a possibilidade de viabilizar uma ligação entre *personalidade* com a *capacidade* e a *imputabilidade*.

A teoria da pessoa jurídica construída em Roma sofreu rupturas no século XIX, pois sobre ela se passou a dar significado distinto do que foi previsto anteriormente na antiguidade clássica, na Idade Média e na Idade Moderna. A noção que se tinha de pessoa jurídica era aquela que transcendia a individualidade, principalmente no que dizia respeito ao seu fim e continuidade. Dessa forma, era possível personificar aquele *corpus*, que evidentemente se distinguia dos indivíduos que o compunham.

A reviravolta ocorrida no século XIX se deu justamente no ponto da transcendência, uma vez que entidades não dotadas desse atributo foram personificadas. Essa generalização ocorreu motivada pelo surgimento do Estado de

Direito⁶ e de uma nova ideologia, a liberal⁷, ambos apoiados no ideal da *liberdade humana* como meio imprescindível para se alcançar todas as coisas. Na tentativa de realizar a segurança jurídica, sob todas as possibilidades, o Estado acaba por alterar a sistemática da personificação. Concomitantemente, o movimento dos pandectistas buscou estruturar o Direito conforme conceitos lógicos, prevendo que a fonte primeira das normas jurídicas seria o Estado, e não mais os costumes.

Acontecimentos como estes surtiram na valorização da *vontade humana*. Ora, se por um lado a positivação do Direito refletida numa fonte única trouxe segurança jurídica, uma vez que afastava variações normativas e ordenações arbitrárias, por outro, reconhecia que o emissor da norma não era mais a experiência passada, mas sim, a *vontade humana* representada pelo Estado.

Se a *vontade humana* passa a ser a ante-sala do Direito, o conceito de pessoa e direito subjetivo se interpenetram, pois a definição de direito subjetivo decorre da vontade, portanto, tal direito seria um atributo do titular da vontade, a pessoa.

Dessa forma, não há como negar que se a *vontade* é o núcleo de direito subjetivo, naturalmente o único capaz de emitir tal *vontade* seria um ser humano, impossibilitando, assim, a pessoa jurídica de ser sujeito de direito. Essa foi a polêmica ficção-realidade levantada por SAVIGNY (1987, p.19), uma saída à época para tornar possível a atribuição de pessoa a quem não podia ter vontade, como as pessoas jurídicas.

A teoria da ficção de SAVIGNY não foi a única a discorrer sobre o assunto, Gierke também se aventurou, a diferença entre esses pensadores residia em que o primeiro entendida que a *vontade* real só poderia ser emitida por um ser humano, enquanto que o segundo defendia que também há realidade na *vontade* da pessoa jurídica. No mais, os pressupostos filosóficos convergiam.

⁶ "Estado de Direito entendido como aquele que se sujeito ao direito, adotando o princípio da separação dos poderes (o que implica a sujeição da conduta imputável ao Estado ao princípio da legalidade e do princípio da universidade da jurisdição)". (JUSTEN FILHO, 1987, p.13).

⁷ JUSTEN FILHO, 1987, p.12.

Como visto, o século XIX foi marcado pela filosofia individualista-voluntarista e pela concepção do liberalismo econômico e político. A liberdade individual era protegida pelo Estado por meio de um aparato normativo que expressava, de preferência, os interesses da classe avantajada economicamente. Guiado por esta política estavam as teorias acerca da pessoa jurídica.

A virada do século XIX vivenciou um mundo em guerra, o que repercutiu em mudanças na seara política-econômica-social, não sendo diferente no âmbito jurídico. O Estado, que antes se detinha à função de manter a segurança jurídica, é pressionado a tomar atitudes intervencionistas no sentido de promover a justiça e o progresso material e social.

Por conseguinte, os conceitos de Estado tornaram-se retrógrados, sem função alguma para essa nova realidade. Essa crise, como já mencionado, não passou incólume à ciência do direito, sobretudo, à teoria da pessoa jurídica, que nos interessam mais de perto.

O conhecimento apresentado, até então, sobre essa figura jurídica, reproduz um pensamento que remonta uma ideologia que não se coaduna ao novo momento histórico vivido, pós-guerra.

Esse descompasso, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO (1987, p.5), está arraigado em crenças absolutistas, devido a isso "(...) a pessoa jurídica não pode ter como fundamento a teoria ficcionista, uma vez que a pessoa jurídica não é uma falsidade ou uma criação arbitrária do direito, mas uma expressão utilizada pelo direito para indicar certas situações jurídicas".

Da mesma forma, refuta o pensamento do "antropomorfismo da pessoa jurídica", o qual identifica um paralelo entre a pessoa física com a jurídica. Ressalta o mestre que na medida em que se desvincular o direito subjetivo da noção volitividade, então o fundamento que permite a equiparação entre essas duas pessoas se esvazia.

Afasta também a filiação tomista (ligados ao pensador São Tomás de Aquino) que procura assimilar a pessoa jurídica ao ser humano.

Embora é sabido que a generalização da personalidade tenha sido resultado de um fator histórico, não justifica fazer analogia da pessoa jurídica à pessoa humana com o intuito de que aquela adquira personalidade como esta.

A pessoa física, para o Direito, é todo ente físico ou moral, capaz de direitos e deveres na esfera civil. Portanto, pessoa física é a pessoa natural, dotada de personalidade, tributo esse que confere poderes ao homem para figurar em um dos pólos das relações jurídicas. Porém, não só o ser humano é dotado de personalidade jurídica. Algumas pessoas, com o objetivo de conjugar esforços econômicos, resolveram se unir, formando entes abstratos assim constituídos. Surgem, assim, as pessoas jurídicas, ora como conjunto de pessoas, ora como destinação patrimonial, aptas para adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, tornou-se possível a personificação de um ente abstrato sem identificá-lo à pessoa humana.

O ser humano se justifica por si só, tem vida, é autônomo, já as sociedades e demais agrupamentos personificados só têm sentido se funcionam como instrumento para satisfazer o homem e a sociedade⁸. Daí que o vernáculo pessoa não autoriza qualquer analogia com o ser humano, ao contrário de “pessoa física” a qual tem identificação direta com este. Destarte, ao se deparar com pessoa ou sujeito de direito, de imediato, pode se pensar em duas possibilidades: no ser humano (pessoa física) ou na pessoa jurídica (que é um conceito aberto e em evolução).

Outra confusão está na teoria da imutabilidade do conceito da pessoa jurídica. O erro reside no fato de compreender tal figura jurídica como algo imutável, ou seja, indiferente ao tempo e espaço em que se encontra. Pois bem, não é porque o direito italiano usa a expressão “persona giuridica” e no Brasil se utiliza “pessoa jurídica”, que se valerão de conceitos iguais. Assim como, a variação terminológica não significa necessariamente em variação conceitual.

⁸ "Reputamos, assim, que pessoa jurídica não é uma “imitação” do ser humano. A pessoalidade da pessoa jurídica não decorre de ela compartilhar com o homem de idênticos atributos ou qualidades. Isso não significa negar que pessoa jurídica seja instituto jurídico cuja consagração se faz em atenção ao homem. Trata-se de atender ao interesse humano (e social) quando se acata a figura da pessoa jurídica. Filosofia que atribuía ao Estado a função de permitir ao indivíduo a liberdade para atingir seus interesses". (JUSTEN FILHO, 1987, p.29).

A última profissão de fé ao absolutismo do conceito, de acordo com o professor JUSTEN FILHO (1987, p.28), está em considerá-lo como um conceito único dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, a pessoa jurídica que representa uma fundação teria as mesmas características que aquela que identifica uma associação. No entanto, cada categoria de pessoa jurídica é distinta, dessa forma, não há a pessoa única. Isso implica que havendo pessoas diferentes o tratamento dado a elas também o será.

Importa considerar que o equívoco que todas essas teorias reiteradamente cometem é reduzir um conceito tão complexo, como o da *pessoa*, a um princípio único. Essa simplificação, que aparentemente se reveste de uma possibilidade ingênua, torna-se perniciosa na medida que compromete outros conceitos que dela dependam, como da pessoa jurídica; além de desconsiderar a ingerência do contexto histórico.

Por conseqüência, é impossível enquadrar pessoa jurídica a um conceito unitário e absoluto como quis, outrora, o Estado de Direito por meio da *vontade humana*, ou, posteriormente, os pandectistas ao subjugar essa *vontade* às normas. Ao minimizar qualquer que seja o conceito, a realidade é desnaturalizada, pois esta vislumbrará a representação da realidade colocada a partir de um observador⁹, que é parcial.

O conceito de *pessoa jurídica*¹⁰ menos excludente é quando a considera sujeito de direito que pode se apresentar tanto no direito público¹¹, como no direito privado, valendo para uma série de situações¹² (as quais estão em plena expansão), embora não possa se

⁹ Esse observador pode ser o pensador da teoria ou o legislador da norma.

¹⁰ Nessa linha de pensamento, RICARDO ORESTANO, (JUSTEN FILHO, 1987, p. 35).

¹¹ Os artigos 41 e 42 dispõem sobre as pessoas jurídicas de direito público e o artigo 43 dispõe sobre as pessoas jurídicas de direito privado.

¹² Quando se diz que a pessoa jurídica vale para uma série de situações, a interpretação deve ser restritiva, ou seja, há situações que não podem ser revestidas como sendo um ente jurídico. Nesse viés, vale salientar a antiga discussão trazida pelo professor J. Lamartine C. OLIVEIRA sobre a “*dupla crise da pessoa jurídica*” (em obra do mesmo nome) : a crise orgânica: por conta de coletividades que embora sem personalidade funcionam como se tivessem (massa falida, FGTS, condomínio, etc) e crise funcional: causada pelo abuso e da desnaturação da pessoa jurídica.

revestir daquilo que chamam de “subjetividade plena¹³”, porém, é juridicamente importante¹⁴, podendo inclusive possuir patrimônio.

Enfim, o melhor conceito será aquele que estiver mais afinado com os interesses da coletividade, esse é o sentido da existencialidade do sujeito de direito e da pessoa jurídica, que nada mais são do que instrumentos fornecidos pelo Direito para servir a sociedade.

Nesse sentido, a criação da pessoa jurídica tem sido de grande valia para o crescimento do mercado financeiro, isso porque, os investidores podem unir seus recursos, sem , para tanto, estarem arriscando seus patrimônios pessoais.

Outrora, investimentos mais ousados eram diminutos, pois a disposição do patrimônio pessoal pelos empreendedores tornava-se uma preocupação, levando muitos a optarem por atividades não produtivas.

A fim de incentivar investimentos em áreas econômicas, e conseqüentemente, a incrementação do desenvolvimento econômico e social, buscou-se juridicamente uma forma de proteger o patrimônio pessoal dos investidores, tornando-o incólume aos riscos da atividade econômica.

Para isso, criaram-se as sociedades personificadas, entes autônomos com direitos e obrigações próprios, não confundindo com as pessoas de seus membros, os quais investem parcela do seu patrimônio, assumindo riscos de prejuízo limitado. Esta limitação de prejuízo só pode ser reforçada com as sociedades de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade por quotas de responsabilidade), as únicas usadas atualmente no país.

¹³ "Subjetividade plena é característica que só pode ser encontrada em seres humanos, ou seja, em pessoas físicas. Muitos doutrinadores relacionam a subjetividade plena com a capacidade de emitir vontade, o que só seria possível ao ser humano". (RIBEIRO, 2000, p.32).

¹⁴ O sujeito será sempre a premissa do direito. Caso fosse menosprezada a categoria sujeito de direito, haveria de se escolher como substituto o patrimônio ou as relações jurídicas. Ambos, todavia, só encontram interesse quando vinculados ao sujeito. Impossível idealizar-se a própria noção de patrimônio sem conjugá-la a um titular para usufruí-lo. Também as relações jurídicas se estabelecem entre sujeitos de direito, sendo impossível de outro modo a sua sobrevivência.

Por conta da separação do patrimônio da sociedade com a dos sócios, as sociedades personificadas têm se tornado o meio mais comum do exercício das atividades econômicas. Trata-se, pois, de um privilégio dado àqueles que se reúnem para desenvolver tal atividade.

Pode-se dizer que a atribuição da personalidade a um ente abstrato, corresponde a uma sanção positiva ou premial, conforme a proposta de Bobbio, no sentido de um benefício assegurado pelo Direito a quem adotar a conduta desejada, vantagem que seria descartada caso a atividade fosse realizada individualmente.

No entanto, essa premiação disponibilizada às sociedades personificadas tem escopo social¹⁵. Assim, a pessoa jurídica deve ser usada para prover o único bem jurídico suscetível de tão considerável proteção: o indivíduo.

Porém, na medida em que o Direito impõe aos sujeitos determinadas condições¹⁶ para incluí-los dentro de um grupo, está a se criar um instituto aparentemente neutro. Isso porque, se alguns não podem fazer parte desse seletivo grupo, então há tratamento desigual. De outra sorte, também não há nenhuma nobreza nesse virtualismo jurídico quando usado para desbancar direitos fundamentais em prol da continuidade de um sistema patrimonialista. Completando a crítica, MEIRELLES (FACHIN, 1998, p.89) alerta que

Na ordem jurídica, a pessoa é elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito. Em outras palavras, é a técnica jurídica que define a pessoa, traçando seus limites de atuação. Esse delineamento abstrato, substancialmente, da noção de relação jurídica como base do Direito Civil. Em um sistema assente na estrutura formal da relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres.

¹⁵ "A sociedade garante a determinadas pessoas as suas prerrogativas, não é para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação. Esse é, na verdade, o mais alto atributo do Direito: sua finalidade social". (REQUIÃO, 1978-80).

¹⁶ "O indivíduo para ser considerado pessoa deve preencher determinados requisitos constantes na Lei Civil. Em tal sentido, para exercer direitos e contrair obrigações precisa identificar-se com um nome e um registro, ter a idade que a lei quer que tenha (ou alguém deverá representá-la ou assisti-la), ter condições de emitir sua vontade (ou alguém por ela), enfim precisa *apresentar-se*, acima de simplesmente *ser*." (FACHIN, 1998, p.88-89).

Portanto, a seleção, que decide quem está dentro ou fora da tutela jurídica, é dado por lei. Qual o fundamento último da Lei Civil? Não se pode olvidar que o que justifica todo aparato técnico-jurídico é a dignidade da pessoa humana. E, não se pode pensar em dignidade da pessoa humana, senão por meio da tutela dos *direitos da personalidade*¹⁷, *dos direitos humanos e dos direitos sociais fundamentais*¹⁸. Assim, ressalta MEIRELLES (FACHIN, 1998, p.211)

(...) analisar a personalidade humana e todas as suas emanções sob enfoque diverso. O ser humano não tem uma personalidade, ele é a expressão viva da sua própria personalidade. Assim, ainda que a ordem jurídica lance sobre o homem o olhar ideologizado da titularidade, todo o conjunto de múltiplas emanções em que se resume a personalidade humana deve ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular.

Infelizmente, a pessoa jurídica tem sido um viés por onde sociedades regulares, ou seja, constituídas legalmente, têm cometido fraudes e abusos dos direitos da personalidade. Tem se tornado praxe, sociedades contraírem inúmeras obrigações (empréstimos, adquirem bens) e não as quitar, de modo que os sócios são polpados, e o prejuízo rateado entre os credores e a sociedade.

A fim de coibir o uso indevido da pessoa jurídica surgiu a teoria da descon sideração da pessoa jurídica.

1.2. DESCONSIDERANDO A PESSOA JURÍDICA

O vislumbramento da pessoa jurídica significou a valorização desmedida da autonomia patrimonial, a ponto de considerá-la um dogma insuscetível de afastamento.

No século XIX o mau uso desse instituto trouxe a preocupação de relativizá-la sob o risco de se ter resultados contrários ao direito. Não tardou a acontecer, fraudes e abusos de direitos foram cometidos por sociedades personificadas, desvirtuando a *função social*¹⁹ da pessoa jurídica.

¹⁷ COUTINHO, 2001, p.211.

¹⁸ COUTINHO, 2001, p.211

¹⁹ OLIVEIRA, 1979, p. 608.

A desconsideração da pessoa jurídica apontou inicialmente nos países da *Common Law*. A doutrina reputa a primeira incidência como sendo o caso *Salomon x Salomon*, em 1897, na Inglaterra. Neste caso um comerciante individual do ramo de calçados criou uma espécie de sociedade anônima fechada, transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade. Aaron Salomon possuía a maioria das ações, e por conta disso, foi atribuído como o credor privilegiado da companhia. Com o passar do tempo, verificou-se que a sociedade tornou-se algo inviável, entrando em liquidação, sendo que os credores restaram insatisfeitos. Para reaverem parte de seus prejuízos, os credores entram com pedido de indenização contra Aaron Salomon, fundamentando que a sociedade era individual, uma vez que os outros acionistas eram fictícios. No entanto, a Casa dos Lordes, em sede de apelação, optou por prestigiar a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída. Pode-se dizer que este foi o primeiro passo da *disregard doctrine*²⁰.

Por outro lado, a quem diga que os Estados Unidos foram os pioneiros da teoria da desconsideração com o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, em 1809, no qual foi levantado o véu da pessoa jurídica para responsabilizar os sócios individualmente por causa de obrigações não cumpridas. Embora o relato não tenha sido um caso de desconsideração da pessoa jurídica, foi uma primeira manifestação que olhou para além da pessoa jurídica e atingiu os sócios individualmente.

Independente de quem tenha sido o precursor da teoria, a verdade é que foi a jurisprudência anglo-saxônica que a desenvolveu.

A experiência desses países foi difundida para tantos outros, nos quais foi se adaptando às peculiaridades regionais. Apesar do legado anglo-saxônico ter tomado rumos diferentes, a finalidade do instituto foi unânime em limitar e coibir o desvio de função para a qual a pessoa jurídica foi criada.

²⁰ TOMAZZETE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível no site: <www.jusnavegandi.com.br> Acesso em: 14 jul. 2005.

Com tais contornos, JUSTEN FILHO (1987, p.19) observa que "...são improdutivas as tentativas de construir uma teoria da desconsideração para o direito brasileiro tomando em vista o modelo estrangeiro. Há uma radical incompatibilidade entre as circunstâncias do direito pátrio e aquelas do direito americano ou germânico".

No Brasil a teoria da desconsideração assumiu traços pátrios com o artigo publicado por Roberto Requião, com o título Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, em 1969. Este artigo ajudou a Doutrina e a Jurisprudência "(...) progredir em linha de crescente adequação às exigências da Justiça para a vida concreta do homem²¹", em especial, do brasileiro.

Em busca de uma terminologia²² mais correta para sua realidade, a doutrina nacional escolheu a desconsideração da pessoa jurídica. Diferindo, assim, da doutrina estrangeira que invoca na maioria das vezes a expressão despersonalização.

Embora pareça um preciosismo terminológico, porquanto há uma grande diferença entre desconsideração e despersonalização. Quando se está a tratar de despersonalização, o que se pretende é a anulação da personalidade pra efeito da responsabilização; já para o instituto do superamento a personalidade é preservada, o que ocorre é a retirada momentânea da sua eficácia - suspende-se o benefício concedido, indicando cada sócio como responsável imediato pelos atos praticados pela sociedade. A partir deste momento, o patrimônio dos sócios e da sociedade tornam-se comunicáveis para adimplir as obrigações sociais.

²¹ OLIVEIRA, 1979, p.541.

²² Surgida na jurisprudência anglo-saxônica a desconsideração lá é conhecida como "disregard of legal entity" ou "disregard doctrine", expressões por vezes usadas pelos autores brasileiros. Nos países da Common Law usam-se também expressões retóricas como levantar o véu da pessoa jurídica ("piercing the corporate veil". No direito alemão fala-se em "Durchgriff derr juristischen Person", no direito italiano "superamento della personalità giuridica", no direito argentino "desestimación de la personalidad" No Brasil a expressão mais correta para tal instituto é a desconsideração da personalidade jurídica, não se podendo falar em despersonalização. Não se trata de mero preciosismo terminológico, porquanto há uma grande diferença entre as duas figuras, despersonalizar é completamente diverso de desconsiderar a personalidade, o que veremos em capítulo próprio.

Essa distinção é muito importante tendo-se em vista a relevância do instituto da pessoa jurídica, o qual deve ser protegido (na medida do possível) e não destruído.

Como posto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm como regra a proteção da pessoa jurídica. Assim, a desconsideração seria uma reação excepcional que permitiria desconsiderar a autonomia patrimonial desse ente moral.

O uso dessa técnica burla a intangibilidade da pessoa jurídica, reconhecendo a relatividade da personalidade dessa figura jurídica. Logo, somente sobre as sociedades personificadas, vale dizer, legalmente constituídas²³, pode recair o fenômeno da desconsideração. Para as sociedades irregulares ou de fato, ou até mesmo aquelas que prevêm em seus estatutos ou contrato social a responsabilidade limitada de seus sócios, como ocorre na sociedade anônima e por quotas de responsabilidade limitada, não há razão para o uso da *disregard doctrine*. A primeira, porque responde de forma direta, solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade; as segundas, porque mesmo com o esvaziamento do patrimônio social os sócios não são atingidos.

O Brasil segue uma tradição romano-germânica que entende que a pessoa jurídica é um privilégio que deve ser controlado pela teoria da desconsideração. Por outro lado, entendemos que a necessidade de invocar tal teoria é um indício de que algo está errado. Esse equívoco tem haver com aquilo que o professor J. Lamartine C. OLIVEIRA chamou de "*crise da pessoa jurídica*", sobretudo no que diz respeito à *crise funcional*.

A ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados *valores* sem os quais ela não tem justificativa possível. Tais valores radicam, em última análise, na dignidade da pessoa humana, ou seja, na fundamental existência de direitos e igualdade entre os homens.

²³ A Lei Civil pátria, em seu artigo 45, dispõe que a personalidade jurídica das sociedades nasce com os registros dos atos constitutivos no órgão competente. A partir de então, tem-se uma sociedade cujo patrimônio tem autonomia, uma vez que não se confunde com o dos sócios, e é merecedor de tutela jurídica

A pessoa jurídica existe em razão de determinados fins, considerados humanos e socialmente relevantes. Se um agrupamento se organiza para fins imorais (como no exemplo clássico da quadrilha de bandidos), o limite *axiológico* da ordem jurídica passa a ser ao mesmo tempo limite *ontológico*: não é possível admitir-se que a quadrilha seja pessoa jurídica.

Na fala de OLIVEIRA (1979, p.608) o ente jurídico é uma realidade que têm *funções*:

função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras - não previstas pelo legislador - *funções*. Se tais *funções* novas entram em contraste com os *valores* reitores da ordem jurídica, há uma *crise da função* do instituto.

Repisa RUBENS REQUIÃO (1978-1980, p.24) ao dizer que "A sociedade garante a determinadas pessoas as suas prerrogativas, não é para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação. Esse é, na verdade, o mais alto atributo do Direito: sua finalidade social".

O que se comprova com esses relatos é que a personificação societária deslocou de ser uma solução para as necessidades jurídicas para ser um problema em si mesma²⁴. Uma vez que, esse fim social tão almejado pelos doutrinadores não tem sido motivo de preocupação por parte daqueles que estão sob as prerrogativas da pessoa jurídica.

Nesse viés, não restam dúvidas que a desconsideração da pessoa jurídica se revela como um sintoma de que há falhas nesse instituto que não se coadunam com o previsto inicialmente pelo legislador.

Indiscutível também é a importância que a pessoa jurídica tem no mundo globalizado, de tal forma que a sua existência decide quem está dentro ou fora das

²⁴ COUTINHO, 2001, p.227-228.

relações comerciais. Essa dependência é irrevogável, embora muito cara para boa parte da coletividade.

Manter esse ente abstrato foi uma opção jurídica, resta saber em que circunstâncias ele será desconsiderado ou despersonalizado. Essa discussão perpassa pelo Direito Constitucional, afinal, a escolha será entre princípios constitucionalmente tutelados.

Ademais, a "sociedade" está pronta para optar pelos princípios certos? Ou será que a crise funcional da pessoa jurídica esconde uma predileção (economicamente mais favorável) escolhida conscientemente por aqueles que tem o poder? Se a resposta for afirmativa, a solução transcende o discurso tecnocrata e avança em direção aos princípios morais da solidariedade e humanidade.

Nessa perspectiva, SÉRGIO FERNANDO MORO (2004, p. 279) enfrenta a questão dizendo que

É óbvio, entretanto que a distribuição de riqueza não é algo natural, mas produto da ordem contrato, a responsabilidade civil, a tributação, a política monetária e a ordem social é que determinam a distribuição de riqueza na sociedade. A adoção da economia de mercado, com a proteção da propriedade e dos contratos, favorece o surgimento de desigualdades de riqueza entre os cidadãos. Com efeito, o regime capitalista bem demonstra a tendência da economia de mercado de favorecer o acúmulo de bens nas mãos de poucos, em detrimento de muitos.

Como esperado, a lei converge com o regime capitalista.

É oportuno destacar que, diferente das leis infraconstitucionais, a Constituição Republicana brasileira de 1988 optou pela atribuição de caráter fundamental e de posição preferencial aos direitos sociais, por entender que os pobres é o grupo mais vulnerável no processo político democrático, portanto, mais carente de proteção judicial dentro da economia de mercado, sendo, assim, justificável a concessão de especial tutela a eles.

Logo, o que se defende não é que a liberdade econômica não tem valor ou que não merece proteção constitucional, apenas que a ela não foi atribuída posição preferencial²⁵.

²⁵ MORO, 2004 p. 275.

A personificação das sociedades, como ente de altíssimo valor para o ordenamento jurídico, inúmeras vezes, entra em conflito com outros valores, como a satisfação de credores. A solução de tal conflito estará na prevalência do valor mais relevante. Assim, apenas quando um valor maior for posto em jogo, como os direitos fundamentais, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço.

Nesse passo, vale ressaltar que "(...) quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária, abre-se oportunidade para a desconsideração sob pena de alteração da escala de valores".²⁶

Por conseguinte, se o uso da autonomia patrimonial não configurar abuso de direito ou fraude, mas, contrariar princípio fundamental, caberá a desconsideração da pessoa jurídica.

A invocação do "disregard of legal entity" é uma tentativa de amenizar o "mal" desse ente (pessoa jurídica) "necessário". O manejo desse controle deve ser impecável, sob o risco de se tornar um novo problema a ser corrigido por um novo instituto.

2.1.1. NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O fenômeno da constitucionalização²⁷ delineia uma nova perspectiva para o Estado brasileiro, fundado nos direitos sociais e individuais, procurou assegurar a todas as relações, sobretudo, as de consumo, a observância isonômica entre as partes.

Esse novo entendimento dado pela Lei Suprema está de acordo com a concepção de Estado Social, o qual não tem o condão de afastar o lucro, mas dar-lhe uma destinação compatível com as necessidades sociais. É o que se depreende do

²⁶ KRIGER, 1995, p.15.

²⁷ O fenômeno da constitucionalização significa interpretar as normas infraconstitucionais à luz da Constituição. Caminho esse, inevitável para a humanização do ordenamento jurídico e a manutenção do Estado democrático de direito.

(artigo 170, CR) ao referir-se sobre a necessidade do exercício da atividade econômica estar permeado por valores que enalteçam a pessoa humana, a justiça e equidade, porém, sem forjar deturpações nos direitos das partes contratantes.

A relação de consumo é inegavelmente um dos propulsores da economia nacional, não só pelo volume de capital que faz circular, mas, principalmente, por promover a livre iniciativa e valorizar o trabalho. Por conta dos interesses envolvidos e das possíveis repercussões sociais, esse vínculo não passou despercebido ao poder público.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor foi uma tentativa do legislador ordinário de trazer para as relações jurídicas consumeristas a experiência da "Constituição cidadã"²⁸, a fim de diminuir as pressões sobre a parte hipossuficiente, geralmente, os consumidores.

Se na maioria das vezes a parte mais fraca recai sobre os consumidores, não se pode negar que a mais forte incide sobre a pessoa jurídica de direito privado.

Não é demais reiterar que a pessoa jurídica, conforme ASSUMPTÃO ALVES (TEPEDINO,2000, p.245), é um dos instrumentos que seguramente possibilitam o êxito da atividade empresarial, onde todos os participantes limitam suas responsabilidades pelos compromissos assumidos pelo ente moral - a chamada "responsabilidade limitada". No entanto, também já é sabido que os privilégios conferidos a essa figura jurídica muitas vezes têm se prestado a fraudes e abuso de direitos.

Buscando adequar a pessoa jurídica aos preceitos da valorização do trabalho, da produção e da justiça social, surgiu no século XIX a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

²⁸ A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida pela alcunha de Constituição cidadã por se preocupar em indicar valores e princípios constitucionais voltados para a efetivação da igualdade entre todos.

Como teoria alienígena, ela precisou ser adaptada a realidade brasileira, e o precursor foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.28), embora com algumas imprecisões técnicas, foi o primeiro regramento jurídico a enfrentar a questão.

O fundamento lógico-jurídico da teoria da penetração, acolhida pelo microsistema das relações de consumo, está naquilo que a professora TERESA CRISTINA G. PANTOJA (TEPEDINO, 2000, p.99), citando o jurista francês LOUIS JOSSERAND, chamou de abuso de direito. "...O ato abusivo, para JOSSERAND, é aquele que, inobstante ter-se realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites formais ou materiais foram respeitados, é contrário ao direito considerado em seu conjunto".

Ou seja, enfatiza a autora (TEPEDINO, 2000, p.99):

(...) o direito de propriedade tem função social, e só em consideração à função social que será desempenhada pela exploração da empresa - recolhendo impostos, gerando empregos, obtendo inovações tecnológicas, usufruindo dos recursos esgotáveis de forma preferencialmente autossustentável, promovendo a circulação dos bens, serviços e riquezas - é que a detenção privada de um bem de produção é moral - é constitucionalmente - justificável.

Por certo, os princípios constitucionais são os orientadores, senão aqueles que limitam a atuação do ente coletivo, conforme os arts. 1º, IV; 170, *caput*, IV e parágrafo único, 173 §§ 4º e 5º, em prol da satisfação dos interesses da sociedade.

A finalidade da *disregard doctrine* é relativizar a intangibilidade da autonomia patrimonial, quando essa prerrogativa se servir de escopo fraudulento. O fato da empresa deixar de adimplir com alguma obrigação não faz com que esta perca a personalidade jurídica, mas, acarreta-lhe o dever de reparar o dano causado a terceiro. Isso porque, a personalidade da sociedade deve ser algo tão indissociável como inalienável o é a personalidade para a pessoa natural.

A leitura do artigo 28 da Lei 8.078/90 deve ser feita com algumas ressalvas. A primeira delas é que por estar inserido num sistema de proteção ao consumidor, qualquer análise a ser feita deve partir desta premissa. Segundo, as hipóteses autorizadoras da desconsideração descritas nesse artigo albergam situações diferentes sob a mesma denominação.

Artigo 28, *in verbis*:

Art.28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou 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)²⁹

§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.

(grifo nosso)

A primeira hipótese elencada é o *abuso de direito*, que representa o exercício irregular de um direito. A pessoa jurídica é criada visando determinada finalidade, se esta é usada de forma a deturpar tal fim, causando prejuízos a outrem, o ato é abusivo e deve ser repreendido pela teoria da penetração.

Na seqüência, o código se refere ao *excesso de poder*, que diz respeito aos administradores que se desviam do que foi definido pela lei, contrato social ou estatuto; violação essa que também atrai a desconsideração.

As hipóteses de violação do contrato social ou estatuto, de infração da lei e dos fatos ou atos lícitos poderiam ser reunidos no mesmo grupo do excesso de poder -

²⁹ O parágrafo 1º foi vetado por pelo Presidente Collor por entender que o *caput* do art.28 o suprimia. A redação do dispositivo era a seguinte: "§ 1º. A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram."

por preverem a mesma coisa - mas, em verdade, são casos de responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores, e não de desconsideração.

Como esclarece Fábio Ulhôa Coelho: “não se pode confundir responsabilidade legal dos sócios por obrigações da sociedade com a desconsideração da pessoa jurídica” (2000, p.53).

Por fim, o *caput* do artigo 28 menciona a falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Peca a Lei quando coloca a má administração como fator para se levantar o véu da pessoa jurídica, isso porque a expressão dá margem para muitas interpretações, que tende a levar a inaplicabilidade do dispositivo.

As matérias contidas nos incisos 2º, 3º e 4º não são consideradas como de desconsideração, pois cuidam da responsabilidade dos grupos econômicos por atos lesivos praticados por um ou mais de seus integrantes. Logo, a *disregard doctrine* jamais pode ser aplicada sem a prova da fraude ou do abuso do direito através da pessoa jurídica, como leciona o professor Fábio Ulhôa Coelho (2000, p.43).

O §5º do art.28, deve ser entendido partindo-se do pressuposto que ele é compatível com o *caput*. Dessa forma, o juiz estará limitado a aplicar as sanções previstas em lei, e aquelas de cunho não pecuniário que estão sujeitas a sociedade, e que, com a desconsideração recaem sobre os sócios responsáveis pela conduta ilícita. Caso contrário, qualquer prejuízo sofrido pelo consumidor restaria no afastamento da personalidade jurídica, o que não é o objetivo da teoria da desconsideração.

Infelizmente, como exposto, a lei é confusa na enumeração dos casos em que os sócios são responsabilizados pelas dívidas da sociedade. Essa prolixidade acaba produzindo decisões em descompasso com os ideais da teoria da penetração. Colha-se o julgado do Segundo Colégio Recursal da Capital do Estado de São Paulo:

Ementa: O fato da resistência de consórcio em restituir valores pagos por consorciado, a ensejar reconhecimento do direito em decisão anterior com trânsito em julgado, face à regra do art. 53, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, caracteriza

ato não lícito e abuso de direito, a permitir desconsideração da personalidade jurídica, após constatação de não possuir a devedora bens livres e desembaraçados a garantir a execução, nos termos do art.28 do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

Assim, embora o caso esteja integrado no art. 28,§ 3º sob o rótulo da desconsideração, a hipótese ali prevista se afasta do tema.

O Código de Defesa do Consumidor foi inovador ao introduzir no ordenamento jurídico a teoria do *lifting the corporate entity* com a intenção de tutelar os direitos personalíssimos, coletivos e difusos do hipossuficiente. No entanto, a má aplicação dos postulados dessa teoria tem gerado uma grande dúvida e incompreensão de seus objetivos, o que é extremamente danoso ao seu principal fim: a justiça social.

2.1.2. NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O objetivo atual da aplicação no Brasil da doutrina da *superação da personalidade jurídica*, para COUTO SILVA (1999, p.183), não consiste em destruir nem questionar o *princípio da pessoa jurídica*, mas sim *reforça-lo*, buscando compatibilizar a importância da pessoa jurídica para o sistema econômico vigente, ao mesmo tempo em que *coíbe fraudes e abusos que por seu intermédio são praticados*. Ao passo que, se referir ao *disregar* como sinônimo de '*despersonalização da empresa*' ou '*desconstituição da pessoa jurídica*' é um equívoco.

A grande novidade para o ordenamento jurídico nacional foi o acolhimento da teoria da desconsideração pelo direito positivo - Novo Código Civil, artigo 50. Em verdade, não se trata de uma inovação, pois ela era aplicada independente de fundamento legal³¹.

³⁰ 2º Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Capital do Estado de São Paulo. Recurso nº995/97. Rel. Juiz Inácio Rodrigues Teixeira. J. em 19/11/97. A íntegra da decisão foi publicada na *Revista do Consumidor*, São Paulo, nº 28, p. 169-170, out./ dez., 1988.

³¹ "Ao desconsiderar a personalidade jurídica do executado, pessoa jurídica, independente de postulação da parte exequente, o juiz não contraria o princípio da iniciativa da parte (art. 2º e 262 do Código de Processo Civil), pois fica adstrito à parte e o da congruência, pois está mantendo a

O projeto da Lei 10.406/2002, art.50, foi redigido com grande exagero, pois enquanto que outros sistemas jurídicos previam a aplicação da desconsideração somente quando houvesse fraude por parte da pessoa jurídica, a redação preliminar concedia poderes ao juiz para decretar a expulsão do sócio responsável e, se fosse preciso, dissolver a sociedade.

Tal posicionamento foi muito criticado pela doutrina, pois afasta os postulados e os objetivos da teoria, a qual não visa a supressão da pessoa jurídica, mas, afirmar a sua existência.

Desse descontentamento resultou um projeto emendado que passou a ter a seguinte redação:

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.

A emenda ajustou a desconsideração com marcos mais brandos que aqueles previstos pelo projeto. O pressuposto subjetivo está circunscrito pelo *abuso da pessoa jurídica*, e os pressupostos objetivos estão limitados pelo *desvio da finalidade* ou a *confusão patrimonial*.

Nesse particular, ao contrário do que possa parecer, a opção legislativa, agora positivada, não acolhe a teoria objetiva da superação, conforme COMPARATO (1976, p.426). Isso porque a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, acontecendo nas hipóteses do abuso de direito e da fraude. No entanto, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser comprovada pela configuração de uma confusão patrimonial.

O grande problema é que a caracterização desses fatos no caso concreto é delegada ao intérprete, funcionando os requisitos indicados como *cláusula jurídica aberta*³².

A falta de orientações técnicas mais precisas tem suscitado intranqüilidades aos operadores do direito. Com certa freqüência, a matéria da desconsideração tem aparecido, em alguns julgados mais entusiasmados, como a solução para todos os males da relação jurídica empresarial. Essas decisões mais afoitas têm sido as responsáveis pelo desgaste do instituto, e pior, inviabilizado o atendimento aos princípios fundamentais.

Muitas vezes o magistrado, assoberbado pelo volume de trabalho ou acomodado pela abertura interpretativa dada pelo artigo 50, CC/2002, não exita em se valer da teoria da desconsideração como um "coringa" para as mais diversas situações.

É o que ocorre nas situações de responsabilização por atos *ultra vires* - como é o caso do art.158³³, inciso II da Lei 6.404/76, das Sociedades por Ações - é de praxe o juiz usar o art.50 como fundamento legal.

Portanto, quando o art.50 menciona: ... *que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*, deve ser entendida somente para suspender os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações, que não poderiam de outro modo encontrar satisfação.

Ora, a desconsideração deve ser aplicada de forma restritiva, episódica, e se ou quando houver desatendimento a algum direito legítimo daqueles que estão ligados à pessoa jurídica: seus credores, seus empregados, seus consumidores, seus contrapartes obrigacionais, enfim, todos os envolvidos. E na exata medida do ressarcimento.

³² Segundo o Juiz do Tribunal do Trabalho do Paraná Célio Horst Waldraff, em seu artigo: A Empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho (DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.71)

³³ Lei nº 6.404/76.

O uso irrestrito da teoria da superação é um entrave para a efetivação dos princípios fundamentais, sobretudo, daqueles oriundos da função social da empresa (oportunidade de empregos, recolhimento de tributos, investimentos em novas tecnologias, projetos sociais e ecológicos), na medida em que essa insegurança jurídica passa a ser mais um ônus embutido no risco da atividade econômica. Prejudicados estarão os trabalhadores, a comunidade, o fisco, pois é com eles que o risco empresarial será repartido. Esse rateio social, segundo COELHO (2002, p.402), se consubstancia na limitação da responsabilidade dos sócios da pessoa jurídica.

Por tudo isso , o uso da teoria da desconsideração deve ser limitado àquelas situações extremamente necessárias, e quando não houver outra alternativa para resolver o caso.

2. CAPÍTULO SEGUNDO

UM OLHAR SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

2.1. CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO EMPREGADOR NA CLT

A teoria da desconsideração articulada no diploma civil, apesar das críticas que lhe cabem, tem servido de modelo para combater o mau uso da pessoa jurídica. A grande questão é saber se esse instrumento legal (art.50, CC/2002) pode ser parâmetro para todos os ramos do direito, mais precisamente, para o Direito do Trabalho.

De antemão, no que diz respeito ao direito laboral, a resposta é negativa.

Esta perspectiva tem a seu favor a constatação de que o Novo Código Civil se relegou a reproduzir a sistemática do Código de 1916, qual seja: a valorização do patrimônio em detrimento a pessoa humana.

Clarifica FACHIN (2000, p.548):

Mesmo a estrutura do projeto, tomada em si mesma, demonstra a preocupação primordial com o patrimônio: o primeiro livro da parte especial diz respeito ao direito das obrigações, que trata, essencialmente, da circulação de bens. Em seguida, no livro segundo, vem o direito da empresa, buscando-se a preconizada unificação do Direito Privado. O terceiro livro, a seu turno, dispõe sobre os direitos reais. Apenas o quarto livro, relegado quase ao final do Código, trata, em parte, de relações que podem não possuir conteúdo patrimonial, quais sejam, as de Direito de Família. Ainda assim, grande parte dos artigos desse livro trata de relações de ordem eminentemente patrimonial.

Isso vem demonstrar que, por várias vezes, a Lei 10.406/2002 coloca o valor constitucional da dignidade da pessoa humana em segundo plano. E por conta disso, acrescenta FACHIN (2000, p.555), “ainda no projeto do Código Civil, clamando, em diversas hipóteses prescritas, pela inconstitucionalidade”.

Ilusão querer situar o art. 50 do CC/2002 fora deste contexto. Em verdade, esse preceito segue a mesma sorte que a lei civil. Portanto, a racionalidade patrimonial também o marca.

Por outro lado, o Direito do Trabalho, representado em grande parte pela Consolidação das Leis Trabalhistas, sempre teve a preocupação voltada para "(...) padrões mais altos de dignidade e de humanidade da justiça social", citação retirada do item 12 da Exposição de Motivos da lei laborista. Dentro do vínculo capital-trabalho, o respeito à dignidade e à justiça social perpassam, impreterivelmente, pelo respeito ao trabalhador. Esse amparo preferencial ao empregado, deriva, na ordem constitucional, do princípio isonômico, segundo o jurista CÉLIO HORST WALDRAFF (DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.77).

Fica evidente que os ramos civil e trabalhista estão amparados por princípios diferentes. Logo, não parece inapropriado que a pessoa jurídica, por conta desse conflito principiológico, tenha tratamento diferenciado na seara trabalhista.

Na contramão, os civilistas argumentam dizendo que o Direito Comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, e não havendo regulamentação na lei laborista, esta deve ser orientada pelo diploma civil (conforme artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Prescreve o art.8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente o direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

PARÁGRAFO ÚNICO: O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for compatível com os princípios fundamentais deste.

No entanto, não se pode olvidar que em matéria trabalhista o heterodireito³⁴ deve respeitar a lógica omissão-compatibilidade-favorecimento³⁵, pois, não basta a omissão por parte da CLT, entre as normas mais compatíveis, deve se escolher a mais

³⁴ "heterodireito implica na adoção de regras de outro sub-sistema jurídico para suprimir omissões legislativas". CATHARINO, 1972, p.116.

³⁵ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003,p.233.

favorável ao trabalhador, ou seja, aquela que se coaduna com os princípios fundamentais constitucionalmente tutelados.

Sem delongas, antes de se ajustar à lei civil, o direito do trabalho deve estar afinado com a Constituição Republicana, a Lei Suprema do país.

A mentalidade civilista, no entanto, tem ignorado essa premissa maior. Isso pode ser notado pela prática de "malabarismo" jurídico que se tem feito por parte da doutrina na tentativa de enquadrar o sujeito de direito trabalhista sob os moldes do instituto da pessoa jurídica.

É o que se reconhece nos comentários do professor RUSSOMANO ao dizer que "antes de tudo, o empregador não é empresa, e sim, o empresário", no mesmo sentido, ORLANDO GOMES assevera que "a empresa não é sujeito de direito. Não lhe correspondem direitos de propriedade, não toma decisões. (...) a pessoa é natural ou jurídica" e da mesma forma, GODINHO DELGADO afirma que "empregador não é empresa - ente que não se configura, obviamente, sujeito de direito na ordem jurídica brasileira"³⁶.

Nesse compasso, a CLT trás desde 1943, em seu art.2º, que sujeito de direito é a empresa.

Art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumido os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. (grifo nosso)

Portanto, numa relação processual empregatícia, configurando o pólo ativo, mormente, tem-se o credor-trabalhador, em contrapartida, a legitimação passiva recairá sobre o devedor-empregador/empresa.

Quando a Consolidação das Leis do Trabalho opta pela empresa-empregador, ela o faz conscientemente.

A empresa, como uma das expressões da livre iniciativa, representa a centralização do ordenamento jurídico na individualidade patrimonializada, como acontece com a

³⁶ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003,p.232.

propriedade privada. No entanto, a fim de reconhecer a importância do social, ambas são limitadas pelas garantias mínimas e essenciais da coletividade.

Natural que assim o seja, uma vez que a liberdade de iniciativa ultrapassa os limites da liberdade da empresa, alcançando outros aspectos que transcendem o comercial, como a *organização, os recursos e o trabalho*³⁷.

Por conta disso, a empresa não pode ser definida como um meio pelo o qual o empresário obtém lucro³⁸. Isso porque, a atividade empresarial não estaria mais vinculada aos interesses tradicionalmente privatista, que privilegiam a propriedade e estabelecem direitos inabaláveis e absolutos aos seus titulares, mas à atividade econômica que traz prosperidade a toda sociedade.

A escolha da empresa como sujeito de direito demanda a assimilação que o destinatário das normas não será mais o sujeito/proprietário, mas o sujeito inserido num contexto coletivo.

O conceito que melhor recebe essa ideia é o da empresa como instituição social. Explica MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (1999, p.170) que "não há como ignorar o papel fundamental desempenhado pela empresa na sociedade contemporânea, seja porque é nela que se aloca a maior parte da mão-de-obra produtiva do país, seja como fornecedora dos bens e serviços necessários à sociedade, seja pelos tributos gerados que vêm compor o patrimônio estatal".

Na mesma linha, assevera FÁBIO KONDER COMPARATO (1983, nº50) que "Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa". Enfim, não há segredo quanto à importância desse ente na esfera social.

³⁷ RIBEIRO, 1999, p.170.

³⁸ O lucro não está contido no elenco dos princípios gerais da atividade econômica, em que são destacadas a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa tendo por finalidade assegurar a todos existência digna. Concepção trazida em nosso texto constitucional art. 170.

De outra sorte, se a escolha da lei trabalhista fosse pela atividade econômica ligada ao lucro, certamente, o quadro de "(...) sacrifício social representado pela remuneração mínima dos empregados e a utilização desenfreada e predadora dos recursos ofertados pela natureza"³⁹ estaria ainda mais comprometido.

Na empresa/instituição o trabalhador está a ela vinculado, e não mais à pessoa natural ou jurídica do empregador. Tanto que o legislador, certo desta nova conceituação, amplia a incidência dessa figura abrangendo também o ente estatal que admite empregados pelo regime da CLT (art. 7º, alínea 'd'⁴⁰) e o grupo empresarial (art.2º, §2º)^{41 - 42}.

No que diz respeito ao grupo, a doutrina vem se posicionando no sentido de considerar somente uma relação de emprego, conforme o Enunciado 129/TST que expressa que o trabalho a mais de uma empresa do grupo "não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho".

Da mesma forma, o art.10 e o art.448 da CLT reforçam a idéia da subjetividade da empresa, uma vez que nem a " (...) alteração na estrutura jurídica da empresa", nem a " (...) mudança na propriedade e na estrutura da empresa" têm o condão de afetar o direito adquirido dos seus empregados. De fato, o trabalhador presta serviços para pessoas que, na prática, não são seus empregadores diretos, muito embora se beneficiem diretamente do seu labor.

A jurisprudência, ciente disso, na fala de CÉLIO HORST WALDRAFF (DALLEGRAVE e GUNTHER,2003, p.233) já consolidou há décadas o tratamento da empresa como sujeito de direito.

³⁹ RIBEIRO, 1999, p.175.

⁴⁰ Art. 7º da CLT: Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinada em contrário, não se aplicam: d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

⁴¹ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.231

⁴² § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Dado que "(...) a vinculação dos empregados é, em princípio, com a empresa..., as regras insculpidas nos arts. 10 e 448 da CLT buscam... garantir ao empregado o direito de receber seus créditos..." (3º T., Rel. Min. Conv. Eneida Melo), "haja vista a responsabilidade laboral existir em função da empresa" (1º T., Rel. Min. João Oreste Delazeri), em "qualquer situação em que ocorra alteração na titularidade da empresa...Os contratos de trabalho são celebrados com a organização de trabalho, não estão vinculados às pessoas" (5º T., Rel. Min. Rider Brito)^{43 - 44 - 45 - 46}.

Entretanto, o conceito de empregador no *caput* do art.2º da CLT não é exaustivo, ou seja, há outras possibilidades para além da figura da empresa.

O próprio art. 2º traz em seus parágrafos algumas dessas exceções. O parágrafo 1º expressa que: "Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados". Isso significa que profissionais liberais como médicos, advogados, etc, que mantiveram alguém prestando serviços em suas atividades profissionais, serão empregadores⁴⁷.

Não será diferente com as instituições de beneficência, salvo em relação aos voluntários que prestam serviço sem intenção de ganho. Quanto às sem fim lucrativo, aplicar-se-á a legislação protecionista desde que haja produção organizada de bens ou serviços⁴⁸.

O parágrafo 2º⁴⁹, do mesmo artigo, retira da informalidade o grupo econômico, que para ser caracterizado como empregador, deve se revestir de

⁴³ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.233.

⁴⁴ RR 466248, DJU 30.3.2001, p.610.

⁴⁵ RR 331183/1996, DJU 19.11.1999, p.102.

⁴⁶ RR 541050, DJU 1.9.2000,p. 102.

⁴⁷ CARRION, 2001, p.26.

⁴⁸ CARRION, 2001, p.27.

⁴⁹ Citado na íntegra anteriormente.

personalidade jurídica própria, sob direção, controle ou administração de outra e praticar atividade econômica. Ainda, ele pode ser hierarquizado ou por coordenação, tendo o primeiro a faculdade de estar situado no âmbito urbano ou rural. O controle pode ser feito por uma pessoa física e a concentração econômica assumir vários aspectos⁵⁰.

Já o empregador doméstico é uma pessoa física que contrata outra ou outras pessoas físicas para trabalhar em sua residência de forma não eventual, conforme art.7º, alínea 'a', "aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas". (grifo nosso)

No que diz respeito ao empregador rural, regulamentado nos artigos 3º e 4º da Lei 5.889/73⁵¹ e art.2º do Decreto 73.626/74⁵², esse poderá se configurar como pessoa

⁵⁰ CARRION, 2001, p.30.

⁵¹ Art. 3º Considera-se empregador rural, para efeitos desta lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de preposto e com auxílio de empregados.

§1º Inclui-se na atividade econômica referida no *caput* deste artigo, a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na CLT.

§2º Sempre que uma ou mais empresas, embora cada uma delas tendo personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrarem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Art. 4º Equipara-se ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

⁵² Art.2º Considera-se empregador rural, para efeitos deste REGULAMENTO, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de preposto e com auxílio de empregados.

§1º Equipara-se ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

§2º Sempre que uma ou mais empresas, embora cada uma delas tendo personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrarem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

física ou jurídica desde que exerça atividade agroeconômica, temporário ou eventual, com auxílio do trabalho de outrem.

Há ainda o empregador de trabalho temporário, conforme o art.443, §2º⁵³, que é aquele que coloca à disposição de outras empresas os trabalhadores por ela selecionados e remunerados⁵⁴.

No tocante à legitimação passiva na seara trabalhista, como dito, ordinariamente será o empregador pessoa física ou jurídica ou a estes equiparados.

Quando o empregador for pessoa física, logicamente, em nada lhe aproveitará a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pois os sócios respondem imediatamente pelos débitos empregatícios.

Em sentido diverso, quando o empregador estiver representado pela pessoa jurídica a doutrina se divide entre a aplicação ou não desta teoria.

Em verdade, esse conflito não existe.

Conforme ensina JUSTEN FILHO (1987,p.104) "a desconsideração é um velho instituto conhecido do direito do trabalho. Tão conhecido, aliás, que passa até despercebido aos cultores desse ramo, que nele não vêem nada de especial", de forma

§3º Inclui-se na atividade econômica referida no caput deste artigo a exploração industrial em estabelecimento agrário.

§4º Consideram-se como exploração industrial em estabelecimento agrário, para os fins do parágrafo anterior, as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários in natura sem transformá-los em sua natureza, tais como:

I- o beneficiamento, a primeira modificação e o preparo dos produtos agropecuários e hortigranjeiros e das matérias-primas de origem animal ou vegetal para posterior venda ou industrialização;

II- o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos in natura, referidos no item anterior.

§5º para os fins previstos no §3º, não será considerada indústria rural aquela que, operando a primeira transformação do produto agrário altere a sua natureza, retirando-lhe a condição de matéria-prima.

53 §2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a)de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b)de atividade empresariais de caráter transitório; c)de contrato de experiência.

⁵⁴ CARRION, 2001, p.273.

que "o problema da admissibilidade e da extensão da desconsideração não chegou a colocar-se no Direito do Trabalho" (1987, p.106).

Ou seja, a Consolidação das Leis do Trabalho foi mais longe porque previu a *primae face* dos direitos sociais ao conceituar empresa com a idéia de função social⁵⁵.

Em suma, se ainda assim, houver a insistência da doutrina e jurisprudência quanto à invocação da teoria do *disregard* pelo Direito do Trabalho, a ele será permitido aplicá-la sempre e "(...) sem qualquer requisito prévio que não seja a pura e simples satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados".⁵⁶

2.2. DESPERSONIFICAÇÃO OU DESCONSIDERAÇÃO?

Hodiernamente é impossível conceber uma sociedade que não reconheça os direitos fundamentais, sobretudo aqueles que se referem aos direitos de liberdade e direitos sociais.

Comumente alguns pensam que ao falar em direito fundamental, se está a falar em jogo de forças entre as classes sociais, ao menos, em supressão de um direito em função de outro. Ora, se ambos são previstos constitucionalmente como fundamentais, cada qual tem sua importância no desenvolvimento do homem, fim primordial do Estado.

Ocorre que o ordenamento jurídico muitas vezes indica por uma escala de valores qual o princípio sobressalente. Segundo JORGE MIRANDA, citado pela jurista KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA (1998, p.43), afirma que:

Quando fica dito, demonstra que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais . E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art.1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (grifo nosso)

⁵⁵ Função, para COMPARATO, é o poder de agir sobre a esfera alheia, sempre no interesse de outrem, adquirindo condição de interesse social quando os destinatários do exercício da função forem indeterminados. (COMPARATO, 199-, nº 63).

⁵⁶ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.237.

Nesse sentido, não há um princípio exposto da proteção do trabalho na Constituição, "embora faça parte da definição do direito social constante no (art.6º); da contextualização de sua valorização tanto em nível de princípio fundamental (art.1º,IV) como econômico (art.170); a disposição de que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art.193)"⁵⁷, porém, conduz a um princípio muito mais amplo, que acaba por fundamentar todas as normas aqui explicitadas, servindo de "mandamento nuclear de um sistema"⁵⁸, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância de vincular o princípio de proteção do trabalho ao princípio da dignidade está na tentativa de compensar o empregador, com superioridade jurídica, a sua inferioridade econômica.

Tal assertiva leva ao entendimento de que os direitos fundamentais não são apenas direitos negativos, ou seja, de defesa do cidadão frente ao Estado, mas, principalmente, um direito positivo que busca sanar as carências que atingem o indivíduo e a sociedade.

Nesse viés, o art. 2º da CLT consagra o direito positivo, pois, sabendo que os "(...) malefícios da personificação são assumidos pelo direito como necessários e inafastáveis, perante os benefícios que decorrem de sua consagração"⁵⁹, despersonaliza o empregador.

O fenômeno da despersonalização representa um marco relevantíssimo para a segurança do empregado, pois amplia a responsabilidade do 'capital' na medida em que afasta a pessoa jurídica e todos os benefícios a ela inerente. Para isto, basta o sacrifício de um direito trabalhista.

⁵⁷ ARRUDA, 1998, p.42.

⁵⁸ ARRUDA, 1998, p.42.

⁵⁹ REALE, 2003, p.121.

A personificação das sociedades assume no ordenamento jurídico altíssimo valor, e por diversas vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução desse impasse está na escolha do valor mais relevante.

De um lado, tem-se um sistema capitalista de produção amarrado ao lucro e a tudo aquilo que possa transformar em mercadoria, de outro, uma política comprometida com a distribuição de renda e privilegiadora das necessidades humanas. Ou seja, de um lado o direito de liberdade, do outro o direito social. "Incorre-se inevitavelmente no seguinte questionamento: liberdade para quem? para os poucos que se igualam?"⁶⁰

Há outra opção? Distrai-se o homem ao pensar que conquistará liberdade vendendo sua dignidade.

Tímida se torna o preceito do art.50 do CC/02 frente à 'velha inovação' transcrita no art.2º da CLT. O tratamento civil da desconsideração exige critério objetivo (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) e subjetivo (abuso da personalidade jurídica) para o afastamento da personalidade jurídica, enquanto que no diploma trabalhista é previsto de antemão.

Coerente com essa idéia, MARÇAL JUSTEN FILHO (1987, p.103) expõe que:

(...) enquanto no direito privado são apenas os *abusos* que podem, conduzir à desconsideração, no direito do trabalho qualquer abuso leva à desconsideração. É o que o direito do trabalho reputa que as faculdades jurídicas atribuídas ao empregado não podem ser sacrificadas por qualquer outra faculdade reconhecida pelo direito - tanto pelo próprio direito do trabalho como por outros ramos do direito.

Trata-se de abusos que a sociedade humana não tem que conviver. É um preço muito alto a se pagar pela promoção do 'desenvolvimento' econômico.

Ainda, nas palavras do professor MARÇAL JUSTEN FILHO (1987, p.124):

O abuso residiria justamente na inversão da escala de valores comunitários, propiciada pelo sacrifício do interesse mais desejável. Muitas vezes, o ordenamento jurídico expressamente

⁶⁰ ARRUDA, 1998, p.38.

indica a escala de valores que orienta. Torna-se, então, mais fácil determinar a ocorrência de abuso na utilização da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, no caso do direito do trabalho, onde o interesse do trabalhador é colocado acima do interesse do empregador. Exclui-se, então, a utilização da pessoa jurídica como instrumento para sacrifício de qualquer faculdade assegurada ao empregado. A distinção subjetiva entre sócio e pessoa jurídica ou entre pessoas jurídicas não é suficientemente eficaz para permitir o sacrifício do mais mínimo interesse do empregado.

Assim, o empregador, ao contratar a mão-de-obra para fomentar sua atividade econômica, deverá estar ciente das suas responsabilidades não só perante o trabalhador que lhe entrega a força de trabalho, mas com toda a sociedade. Pois, no caso da inadimplência contratual, o crédito trabalhista deverá ser saldado com o patrimônio dos sócios ou administradores, caso insolvente a sociedade empresária.

Nesse caso, não se discute o uso da pessoa jurídica, mas se protege de maneira direta o empregado, garantindo-lhe uma responsabilidade solidária dos diversos integrantes do grupo, independentemente de fraude ou abuso. Não se suprime sequer momentaneamente a personalidade jurídica, apenas são estendidos os riscos da atividade econômica.

Aliás, o fundamento desta prática decorre "(1) da valorização da efetividade da jurisdição trabalhista, (2) natureza alimentar do crédito trabalhista e (3) seu privilégio geral frente a outros créditos"⁶¹, os quais geram a presunção da fragilidade do empregado.

Entretanto, as novas propostas neoliberais, aparentemente mais brandas, têm representado uma ameaça aos direitos trabalhistas. Fruto das relações de poderes da sociedade, esses projetos têm dificultado a concretização dos direitos fundamentais.

A título de exemplo tem-se o art.141 da nova Lei de Falência. Esse dispositivo é uma exceção a tudo que foi exposto sobre a despersonalização do empregador.

Art.141, da NLF *in verbis*

Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...) II- o objeto de alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do

⁶¹ DALLEGRAVE e GUNTHER, 2003, p.235.

arrematante das obrigações do devedor, inclusive os de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

(...)

§ 2º. Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior. (grifo nosso)

A lei trabalhista, atenta para a posição hiposuficiente do empregado, prevê no seu texto legal, arts. 10 e 448, da CLT⁶², que na hipótese de sucessão, os direitos dos empregados serão resguardados, assim como, o contrato de trabalho.

Nessa perspectiva, a nova Lei de Falência retrocede ao expressar que a sucessão não transfere ao sucessor qualquer tipo de ônus (trabalhista ou tributária), como também, não o obriga a sustentar o mesmo vínculo de trabalho com os empregados do sucedido.

Embora, essa prática possa trazer alguma facilidade àqueles que irão adquirir a empresa falida, como a extirpação das dívidas, estimula a fraude, na medida em que se torna uma vantagem provocar a falência ao invés de mantê-la solvente. Enfim, criou-se mais um problema a ser solucionado, quem sabe, pela jurisprudência.

Portanto, é notório a violação dos arts. 10 e 448, CLT, preceitos que consubstanciam o fenômeno da despersonalização, pois, em última análise, conforme o jurista CÉLIO HORST WALDRAFF citando GIGLIO (DELLAGRAVE e GUNTHER, 2003, p.236), "o manuseio da subjetivação da empresa pela doutrina, quanto mais, pela jurisprudência, implica na forma aberta como se usa tratar o que (incorretamente) se chama de sucessão". Ainda, explica WALDRAFF ao se valer das palavras do professor CATHARINO, "é evidente que não se pode falar em 'sucessão' caso se tenha a empresa com sujeito de direito".

⁶² CARRION, 2002, p.279.

O quadro traçado por essa nova lei revela que as inúmeras tentativas 'mirabolantes', por parte dos operadores jurídicos, de forjar um erro na 'pretensiosa' despersonalização do art. 2º, da CLT, restaram frustradas. Em contra partida, pode-se argumentar que esse passo legislativo é mais um em direção à flexibilização dos direitos trabalhistas.

Sob o mesmo enfoque, equivocou-se a jurisprudência quando impõe critérios ao empregado para receber seus créditos trabalhistas, sendo que, a lei laboral dispensa qualquer requisito que não seja o inadimplemento de um direito empregatício. Posto que, o *abuso*⁶³ necessário e inerente a personalização, não impede a concreção do direito do trabalho, que tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana e o valor do trabalho.

Em contrário sensu, a decisão *in verbis*:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA OU DOCTRINA DA PENETRAÇÃO- CABIMENTO - "A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ou Doutrina da Penetração (Disregard of legal entity, in Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", Saraiva, 4ª.ed., 1974, p.239), busca atingir atos de malícia e prejuízo. A jurisprudência aplica essa teoria quando a sociedade acoberta a figura do sócio e torna-se instrumento de fraude (RT 479/194; 552/181; Ap.458.453/6, 4ª.C, Rel.Octaviano Lobo)...Há necessidade de demonstração que os sócios agiram dolosamente...que a sociedade foi usada como biombo, para prejudicar terceiros, ficando o patrimônio dos sócios astuciosos longe do alcance do processo de execução." (Juiz Octaviano Santos Lobo, 1º.TAC, AI 554.563/3, 4ª.C, j.27.10.93)⁶⁴. (grifo nosso)

⁶³ A teoria da desconsideração envolve, por assim dizer, um abuso *abusivo* na utilização da pessoa jurídica. E isso porque há abusos não abusivos, suportáveis e impostos pelo direito. (COELHO, 2000, p.121).

⁶⁴ Disponível no site: <www.jusnavegandi.com.br> Acesso em: 19 jul. 2005

Ressalta-se que a despersonalização é uma desfunção⁶⁵ da pessoa jurídica que resulta na supressão de direitos ou faculdade, ainda que nenhum dano seja caracterizado. Por outro lado, na teoria do *disregard* a extensão do dano é um dos critérios que define o tratamento jurídico, ou seja, com efeitos mais rígidos como na *desconsideração total*⁶⁶, ou até mesmo, com conseqüências mais brandas, como na *desconsideração média*⁶⁷ ou *mínima*⁶⁸.

Assim, sem qualquer incongruência lógica, pode-se afirmar que a despersonalização é uma das facetas da teoria da desconsideração, qual seja: *a desconsideração total*.

As novas propostas legais (como a lei civil e a nova lei de falência) e a falta de clareza jurisdicional no tratamento da teoria da despersonalização, em vez de contribuírem com a eficácia dos direitos trabalhistas, auxiliam na desarticulação desses direitos, promovendo sua retirada, senão, do texto constitucional, das leis infraconstitucionais. Como já vem acontecendo.

Ao se tratar da eficácia dos direitos trabalhistas, aplicar-se-á o mesmo previsto para o art. 5º, §1º da CF, segunda a professora ARRUDA (1998, p.124), "por ser integrante dos direitos sociais e , por conseqüência, dos direitos fundamentais". Assim, ao tratar de direitos dos trabalhadores, deve-se buscar a máxima eficácia contida na norma. De forma que, a regulamentação constitucional por meio da lei infraconstitucional não pode ser um entrave para produzir os seus efeitos jurídicos. Assim como, a falta de regulamentação de alguns preceitos constitucionais não enseja a restrição ou extinção destes.

⁶⁵ NORRIS et al., 2001, p.237.

⁶⁶ (...) como na hipótese de constituição de uma sociedade limitada com um sócio minoritário apenas para mascarar o vínculo empregatício. (NORRIS et al., 2001, p.237).

⁶⁷ (...) como na hipótese aventada no art.28, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, ao prever que as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do código. (NORRIS et al., 2001, p.237).

⁶⁸ (...) como na hipótese das sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas ou na hipótese de tomador de serviço (Enunciado nº 331/TST).

Por conseguinte, ARRUDA (1998, p.124) afirma que "propostas que visem a desconstitucionalização ou desregulamentação da legislação infraconstitucional de proteção ao trabalhador são contrárias aos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho, quebrando a coerência do ordenamento jurídico nacional".

Não dá para ser diferente, pois a cada inovação legislativa, tem significado a renúncia de um ou outro direito social.

Nesse passo, a teoria da despersonalização do empregador se mostra cheia de incompreensões por aqueles que não conseguem entender que o princípio que a rege é do *pro operário*. Se há essa proteção especial, é porque esse grupo social é vulnerável politicamente, e por lhe faltar representação adequada ou por sofrerem preconceito, podem ser vítimas da opressão da maioria.

A preservação dos direitos que ampara essa classe, corresponde a da atual Constituição, posto que esta estatui como direitos fundamentais aqueles elencados no art.7º, além de considerar como princípio a existência digna e justiça social, situação que, segundo a Carta Magna, só poderá ser alcançada se a ordem econômica estiver fundada na livre iniciativa e na *valorização do trabalho humano* (art.70,CR).

Isso significa, que o domínio privado deve compatibilizar suas atividades de forma a criar um equilíbrio entre o lucro e a função social. O destaque posto na função social da empresa está na aceitação das suas responsabilidades sociais, retirando tal ônus exclusivamente da sociedade.

Para tanto, não basta ao empregador o dever de abstenção de atos lesivos à coletividade, o que redundaria em uma limitação num grau tal insuportável para a atividade econômica, que certamente se resolveria com a renúncia de mais um direito fundamental.

Por fim, não se pode esperar que somente o controle das ações negativas e/ou a diminuição de direitos irão conduzir a um estado de equilíbrio desejado, conforme observa MARQUES (1994, p.4-9).

Quando o Estado não oferece qualquer segurança aos cidadãos, quando o direito não propicia o necessário requisito da certeza, que é uma das garantias das relações jurídicas, então, a medida do Direito volta a ser o apetite e o julgamento de cada um. As asas de Leviatã, no Brasil, são curtas de mais, só recobrem uma parcela íntima da população. E há quem queira diminuí-las ainda mais, a pretexto de que o Estado moderno é também um Estado mínimo.

Imprescindível que o direito, qualquer que seja este, esteja pautada na ciência da obrigação de trazer um resultado social positivo.

CONCLUSÃO

A implementação da teoria da desconsideração na seara trabalhista tem significado renúncia de direitos fundamentais em pró do que se costuma chamar de 'desenvolvimento'.

O direito do trabalho quando previu em seu ordenamento que o empregador, chefe, patrão (sinônimos na visão dos empregados) seria a empresa, o fez justamente por estar ciente de que importa, em última análise, é o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista, a realidade social do Brasil, onde a maioria da população sobre'vive' com o mínimo possível, nada mais se esperaria do que uma proteção jurídica superior àqueles que são economicamente inferiores.

Os que apontam erro na conceituação de sujeito de direito laboral, estão a esconder um perfil patrimonialista, voltado a consecução, prioritariamente, do desenvolvimento econômico.

Aqui não se defende que a atividade econômica não seja importante, pelo contrário, é sabido da sua imprescindibilidade para a fomentação da comunidade. Porém, ela deve ser um meio para suprir as necessidades do ser humano, mas não um fim em si mesma.

Para tanto, a noção de empresa/empregador deve estar vinculada fortemente ao conceito de função social. Isso significa que a postura econômica deve se identificar com a prosperidade coletiva, como se fosse algo inerente a atividade do empresário. Ou seja, a função social da empresa repercute na aceitação das suas responsabilidades sociais, retirando tal ônus exclusivamente da sociedade.

No entanto, essa sistemática tem sido ignorada por parte da doutrina, a qual insiste aplicar institutos (como a o do *disregard of legal entity*) com fundamentos principiológicos contrários aos da seara trabalhista.

A predileção pelo resultado econômico tem se mostrado desastrosa em termos sociais. Em busca de lucros maiores, o empresário se vale de um sacrifício social, seja por meio da remuneração mínima, pelo corte de benefícios ou pelo uso desenfreado dos recursos naturais. Ainda assim, como de praxe, quando a sociedade se desfaz, o empregado perde o trabalho e com ele todos os seus créditos laborista. Isso seria o que chamamos de 'distribuição de riscos'.

Com isso, perde os trabalhadores, a comunidade, o cidadão, como também, o fisco. Parece evidente que esse não é objetivo colimado pelo direito do trabalho.

A despersonalização do empregador traz nas suas entrelinhas o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como algo coerente com o desenvolvimento, tanto na sua face econômica ou social.

A maior dificuldade, porém, não está só no seu reconhecimento. Os direitos sociais não se conforma simplesmente com a liberdade, mas parte para a concreção da realidade, sem a qual a liberdade pode ser tornar um *slogan* abstrato, reivindicando do Estado prestações, pertinentes às garantias teoricamente existentes.

É preciso entender que mesmo quando há limitações, financeiras ou/e econômicas para a consecução de obrigações relativas aos direitos sociais, seus projetos devem apresentar vinculação com os objetivos constitucionalmente consagrados, sem os quais a ordem jurídica não tem justificativa possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Curitiba, Juruá, 2002.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

CARNEIRO, M. F. .: PEREIRA, P. A. Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.30, 1998.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. São Paulo: RT, 2002.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito de trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

CELSO NETO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica (considerações e conceitos)**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=595>> Acesso em: 10 jun. 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Devido Processo Legal**. In: Repertório IOB de Jurisprudência, caderno 3. São Paulo, IOB, jan. 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. "Função social da propriedade dos bens de produção". **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, nº 63.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.50, 1983.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução trabalhista. **Execução Trabalhista: Visão Atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Poder punitivo trabalhista. São Paulo: LTr, 1999.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. A execução dos bens dos sócios em face da *disregard* doctrine. **Execução trabalhista. Estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazem**. São Paulo: LTr, 2002.

DALLEGRAVE, José Afonso Neto e GUNTHER, Luiz Eduardo, coordenadores. **O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho**. -São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 2002.

FACHIN, L. E. Parecer de 26 de setembro de 2000. Dispõe sobre o Projeto do Código Civil. Consultor: Deputado Federal Gustavo Fruet. **Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal**, Brasília.

FACHIN, L. E. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRARA, Francesco. **Teoría de las Personas Jurídicas**, 1921, trad. espanhola de 1929: Editora REUS, Madrid.

GEVAERD FILHO, Jair de Lima. **Direito societário; teoria e prática da função**. Curitiba: Gênese, 2001.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

GRASSELLI, O. **Empregado em face do Empregador, pessoa jurídica, na contemporaneidade: uma questão de desconsideração**. Curitiba, 2003. 10 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 13, jan- mar/95.

KOURY, Suzy Elizabete Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine e o grupo de empresas)**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 18ª ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, "A importância do direito no Brasil de hoje", **Revista da AMATRA IV**, Porto Alegre, n.3, out. 1994.

MENDES, Rosana. **Despersonalização da pessoa jurídica do empregador como meio de efetividade dos direitos trabalhistas. Direito do trabalho contemporâneo. Flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORRIS, Roberto (coordenador). **Execução trabalhista: visão atual**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, J. Lamartine C. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, M. O novo código civil brasileiro. **Revista da Academia Paulista de Magistrados**. São Paulo, dez.2003.

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado de direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 1978-80.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SENA, Adriana Goulart de. **A nova caracterização da sucessão trabalhista**. São Paulo: LTr, 2000.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Coord. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Coord. **Problemas de direito constitucional**. - Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

TOMAZZETE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível no site: <www.jusnavegandi.com.br> Acesso em: 14 jul. 2005.

WALDRAFF, Célio Horst. **A Nova Lei de Falência e o Direito do Trabalho: aspectos práticos**. Curitiba: Gênese, 2005.

WALDRAFF, Célio Horst. Assistência judiciária do empregador miserável. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região**. Curitiba: v.26, n.1, p.75-77, jan./jun. 2000.