



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

VITOR EDSON DE ASSIS TAGLIATTI

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES
FISCAIS POR DÍVIDA DE FGTS**

JUIZ DE FORA

2010

VITOR EDSON DE ASSIS TAGLIATTI

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA NAS EXECUÇÕES
FISCAIS POR DÍVIDA DE FGTS**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fabrício de Souza Oliveira.

JUIZ DE FORA

2010

VITOR EDSON DE ASSIS TAGLIATTI

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA NAS EXECUÇÕES
FISCAIS POR DÍVIDA DE FGTS**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito e aprovada
pela seguinte Banca Examinadora:

Prof. FABRICIO DE SOUZA OLIVEIRA – Orientador

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. KELLY CRISTINE BAIÃO SAMPAIO

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. MÔNICA BARBOSA DOS SANTOS

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA

02 / 12/ 2010

*“Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las”.*

(Voltaire)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus!!! Agradeço, sinceramente, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que eu concluísse esse estudo. Não importando quanto nem como ajudaram. Seja incentivando, ensinando, conversando, torcendo ou simplesmente acreditando! Obrigado a todos.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica aplicado às sociedades executadas por dívida oriunda da falta de recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de seus empregados.

Passaremos por uma breve análise da personalidade jurídica a algumas peculiaridades, assim como faremos um estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Seus efeitos, aspectos processuais e possibilidades de aplicação.

Por fim, faremos a exposição dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que embasam a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica das mencionadas sociedades para que seus sócios respondam com seu patrimônio pessoal pela dívida da pessoa jurídica, oriunda da falta de recolhimento do FGTS de seus empregados.

PALAVRAS-CHAVE: PESSOA JURÍDICA, PERSONALIDADE JURÍDICA DESCONSIDERAÇÃO, EXECUÇÃO FISCAL, RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. NOÇÕES PRELIMINARES.....	10
2.1. Personalidade e pessoa Jurídica: aspectos gerais.....	10
2.2. Natureza da pessoa jurídica.....	11
2.3. A personificação da pessoa jurídica.....	14
2.4. A personificação como atividade promocional do Estado.....	18
2.5. A função social da empresa.....	19
3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	21
3.1. Breve histórico.....	21
3.2. A Teoria da desconsideração: aspectos gerais.....	23
3.3. A teoria maior da desconsideração.....	26
3.4. A teoria menor da desconsideração.....	29
3.5. Aspectos processuais da desconsideração.....	31
3.6. O caráter protecionista do direito do consumidor e seu tratamento à desconsideração.....	36
4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO APLICADA ÀS PESSOAS JURÍDICAS EXECUTADAS EM VIRTUDE DE DÍVIDA ORIUNDA DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DE SEUS EMPREGADOS.....	38
4.1.Noções preliminares.....	38
4.1.1. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)	38
4.1.2. A Execução Fiscal para cobrança de dívida oriunda de não recolhimento de FGTS.....	40
4.2. A desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais por dívida de FGTS.....	43
5. CONCLUSÃO.....	52
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo desenvolver a concepção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no sistema brasileiro, especificamente no âmbito das execuções fiscais por dívida originada da falta de recolhimento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por parte das sociedades. Desta forma, nosso estudo consiste na análise da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de tais sociedades, para atribuição de responsabilidade aos sócios, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência.

Em virtude dessa dívida, a Caixa Econômica Federal que, por força do convênio com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional é a representante judicial para cobrança de débitos oriundos do FGTS, ajuíza ação de execução contra a sociedade devedora.

Quando as pessoas jurídicas não possuem patrimônio suficiente para quitar a dívida, faz-se necessário requerer ao juiz a inclusão dos sócios no pólo passivo da demanda no sentido de que se alcance, também, seu patrimônio e assim possa ser saldada a dívida.

A abordagem do tema justifica-se uma vez que o pedido da referida inclusão, por muitas vezes é indeferido. O que leva a CEF a recorrer de tal decisão, fazendo com que os Tribunais, por vezes, a reformem e por vezes não. Ocorre também, o contrário: O juiz de primeiro grau defere o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo da ação e, em sede de recurso, o tribunal determina a exclusão dos mesmos. Sendo que, por fim, em alguns casos a inclusão ocorre e em outros não, fato que demonstra grande controvérsia sobre o assunto.

No decorrer deste trabalho, faremos, primeiramente, uma exposição do conceito de personalidade jurídica.

Em seguida, apresentaremos a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, sua origem, definição, assim como critérios de sua utilização no sistema jurídico brasileiro.

Após, passaremos à análise específica de sua aplicação nos mencionados casos de execução fiscal por dívida oriunda da falta de recolhimento de FGTS por parte das sociedades.

Veremos, no decorrer do presente estudo, que este tem um marcante caráter interdisciplinar, passando desde análises processuais e materiais do instituto no

âmbito do direito civil, até questões referentes ao direito trabalhista e tributário, empresarial e do consumidor que envolvem a questão.

Esperamos, por meio deste trabalho, apresentar nossa contribuição para um maior entendimento acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente no que tange às execuções fiscais por dívida de FGTS.

2 – NOÇÕES PRELIMINARES

2.1 – Personalidade e pessoa jurídica: aspectos gerais

O ser humano sempre teve a necessidade de reunir esforços para realizar determinados trabalhos. Porém, mesmo sendo ele dotado de capacidade jurídica, não basta por si só, para realizar grandes empreendimentos. Devido a essa necessidade foi que se atribuiu capacidade jurídica a entes abstratos, que receberam o nome de pessoa jurídica.

A pessoa jurídica é um instrumento, uma técnica jurídica que foi criada com a finalidade de resguardar o patrimônio dos sócios contra os riscos inerentes às atividades comerciais, possibilitando uma mensuração dos riscos, já que estes não ultrapassariam o montante investido na atividade. Com isso, visou-se garantir uma autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades, criando num centro autônomo de interesses, direitos e responsabilidades.

Na definição de Luiz Lovato¹ "O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial. Os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica". Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.

A personalidade jurídica é qualidade inerente à pessoa jurídica, sendo determinante para o reconhecimento desta perante o ordenamento jurídico. Nos dizeres de Francisco Amaral² "a pessoa jurídica é, então, um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica".

É a personalidade que torna a pessoa titular de direitos e de obrigações, participante efetiva do ordenamento jurídico, conferindo autonomia e gerando responsabilidade pela prática de seus atos. O Código Civil de 2002, trata dos direitos de personalidade em seus artigos de 11 a 21, sendo esses aplicados tanto às pessoas físicas quanto jurídicas.

De um modo geral, as pessoas jurídicas caracterizam-se por alguns fatores, quais sejam: a capacidade de direito e de fato própria; a existência de uma estrutura

¹LOVATO, Luiz Gustavo. **Da personalidade jurídica e sua desconsideração**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7522>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 275.

organizacional; os objetivos em comum de seus membros e a publicidade de sua constituição.

Para a constituição de uma pessoa jurídica é necessária a existência de três requisitos, na concepção de Caio Mário da Silva Pereira³: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos.

A vontade humana criadora não se caracteriza apenas pela união de duas ou mais pessoas no desenvolvimento de determinada atividade. Deve haver, realmente, a real intenção de unir esforços, bens e, principalmente de criar a pessoa jurídica que terá por objetivo a realização da atividade pretendida.

A observância das condições legais de sua formação, nada mais é que a obediência às prescrições da lei para que se constitua uma pessoa jurídica. A lei regula todos os aspectos necessários para a referida criação, como a adoção de instrumento particular ou público para o registro, necessidade de autorização do Governo para certos tipos de entidades, entre outros vários requisitos. É a observância das regularidades formais para que se possa converter um grupo de pessoas naturais em uma única pessoa jurídica.

E, por último, mas não menos importante, muito pelo contrário, a liceidade dos propósitos da pessoa jurídica. Esta característica consiste no fato de o objetivo, a atividade, assim como as formalidades referentes à pessoa jurídica, devem estar em perfeito acordo com a ordem jurídica vigente, devendo estes serem, portanto, lícitos, para que haja a criação e o pleno desenvolvimento das atividades pretendidas.

2.2 Natureza da pessoa jurídica

Várias são as teorias que procuram explicar a natureza da pessoa jurídica. Porém, a doutrina as divide, basicamente, em dois grandes grupos: o da “ficção” e o da “realidade” cada qual com suas subdivisões doutrinárias, a respeito dos quais discorreremos brevemente.

³PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 186. V.I.

a) Teoria da Ficção

O idealizador da teoria da ficção foi Savigny, tendo como referência inicial a teoria da personalidade ficta de Sinibaldo dei Fieschi.

Na teoria da ficção a pessoa jurídica não tem uma existência social, mas somente existência ideal, sendo produto da técnica jurídica. Sendo assim, a pessoa jurídica seria uma abstração, sem realidade social.

No ensinamento de Francisco Amaral:

A teoria da ficção parte do pressuposto de que só o homem é sujeito de direito, sendo a pessoa jurídica uma criação do legislador, contrária à realidade, mas imposta pelas circunstâncias. Em determinadas ocasiões reúnem-se pessoas para realizar objetivos comuns e permanentes, ou então, destina-se um conjunto de bens à consecução de um fim específico, também de interesse geral e permanente. Atendendo ao interesse geral e à permanência do objetivo a atingir, concede-lhes o Estado a personalidade jurídica, fingindo-se que existe uma pessoa, sujeito de direitos. A pessoa jurídica assim concebida não passa de simples conceito, destinando-se a justificar a atribuição de certos direitos a um grupo de pessoas físicas. Constrói-se, desse modo, uma ficção jurídica, uma situação que, diversa da realidade, assim é considerada pelo ordenamento jurídico; ou, de outro modo, o Estado, consciente de artifício, utiliza-o e justifica-o em função das razões de política jurídica⁴.

Essa teoria sofre muitas críticas, principalmente no que tange o fato de que seria ao menos contraditório falar em ficção quando é a lei que cria a pessoa jurídica. Dessa forma, a própria lei que emana do estado seria uma ficção.

b) Teoria Institucional

A formulação dessa teoria deve-se a Hauriou e a Santi Romano. Essa teoria defende que a pessoa jurídica é uma organização social formada para atingir determinados fins sociais. Não parte de uma análise da vontade humana. Aqui, o estudo é feito a partir da existência de grupos organizados para a realização de uma ideia socialmente útil, sendo estes grupos sociais dotados de ordem e organização próprias.

⁴AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280-281

Seu elemento básico é a instituição, sendo a personalidade jurídica o ponto de conexão entre o ordenamento jurídico estatal e as instituições, estas, como ordenamentos jurídicos autônomos⁵.

Essa teoria é criticada por não esclarecer a respeito das sociedades que se organizam sem a finalidade de prestar um serviço ou de preencher um ofício, não tendo, necessariamente uma função social útil.

c) Teoria orgânica ou da realidade objetiva.

Para a teoria da realidade objetiva a pessoa jurídica teria existência social e consistiria em um organismo vivo na sociedade. Teria, assim, a pessoa jurídica, vida autônoma, semelhante à pessoa física e realizaria seus fins por meio de órgão adequados.

Assim, a pessoa jurídica seria como um ser real, com vontade própria, manifestando sua vontade através de seus órgãos, sendo sua personalidade jurídica mera consequência da existência de um organismo real.

Como as demais teorias, esta também sofre várias críticas, especialmente a respeito da questão da pré-existência da pessoa jurídica. Para os que criticam essa teoria, a existência das pessoas jurídicas é conferida pelo direito, não sendo sua personalidade apenas reconhecida pelo ordenamento jurídico, desconstruindo assim, a idéia de que a pessoa jurídica seria como um ser vivo dotado de vontade própria.

Para essa teoria, não há representação da pessoa jurídica, sendo as pessoas físicas integrantes, órgãos da própria pessoa jurídica, dela não se distinguindo. Por isso sofre também muitas críticas da doutrina, principalmente no que se refere à responsabilização por ato ilícito. Nesse sentido são as palavras do de José Paulo Cavalcanti:

Mas a inexatidão da teoria orgânica é sobretudo comprovada pela sua impossibilidade de explicar tanto a ação que o terceiro prejudicado pelo ilícito tem contra a pessoa física quanto a ação regressiva da pessoa jurídica contra a pessoa física, pelo que tiver indenizado ao terceiro.

Podendo o terceiro prejudicado agir tanto contra a pessoa jurídica, como contra a física, e tendo sido o ilícito segundo a teoria orgânica – praticado pela pessoa jurídica, seguir-se-ia que enquanto a

⁵AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 283-284

pessoa jurídica responde por fato próprio, a pessoa física responde por fato de outrem, o que, invertendo as posições reais de ambas, constituiria uma grossa ficção, inadmissível em doutrina, como qualquer ficção.

E conclui:

Concluimos, com o mais velho dos entendimentos sobre a matéria, que as pessoas físicas são representantes legais das pessoas jurídicas.⁶

d) Teoria da realidade técnica

A teoria da realidade técnica é a adotada pelo Código Civil Brasileiro e equilibra as anteriores, já que reconhece a atuação social da pessoa jurídica, admitindo ainda que a sua personalidade é fruto da técnica jurídica. Reconhece-se a adoção desta teoria devido ao texto legal do artigo 45 do Código Civil de 2002:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Sendo assim, para tal teoria, a pessoa jurídica é resultado de um processo técnico, através do qual o ordenamento jurídico confere a personalidade jurídica aos grupos que a lei reconhece vontade e objetivos próprios, não havendo uma pessoa jurídica pré-existente ao reconhecimento do Estado como tal⁷.

2.3. A personificação da pessoa jurídica

A idéia básica do que se entende acerca da personificação da pessoa jurídica reside na sua distinção das pessoas dos sócios. Tal fenômeno se trata de uma

⁶CAVALCANTI, José Paulo. **Pessoa jurídica: Representação ou teoria orgânica**. Retirado da Obra: Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes

⁷AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 282-283

criação voltada para atender aos interesses humanos dentro da sociedade, principalmente no que tange à questão da separação patrimonial.

Sobre o tema, versa Francisco Amaral:

A Personificação é um dos processos da técnica jurídica utilizado para a realização de fins preconizados pela política do direito. Consiste no reconhecimento da personalidade jurídica de um grupo de pessoas (associações e sociedades), ou de um conjunto de bens (fundações), observados os requisitos da lei, tendo em vista os objetivos comuns a realizar.

Esse processo técnico, reconhecendo individualidade própria a um grupo, distinto de seus elementos componentes, evita que tal conjunto se considere a simples soma dos indivíduos nas relações jurídicas de que participa. Com efeito, se a sociedade S não tivesse personalidade jurídica, as dívidas que contraísse não seriam dela, mas de seus sócios. Além disso, todos esses grupos personificados precisam de um elemento indispensável à sua vida jurídica, que é uma organização própria, órgãos com funções específicas para a realização dos fins propostos.⁸

A personificação dá origem a pessoa jurídica, podendo essas virem a ser pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Podem assim, surgirem associações, sociedades, fundações, organizações de variados tipos, e até partidos políticos. Não obstante, não adentraremos no estudo pormenorizado dos diversos tipos de pessoas jurídicas, uma vez que não consiste no objetivo do presente trabalho.

No que se refere especificamente às sociedades, tipo de pessoa jurídica que mais nos interessa no presente estudo, especificamente as sociedades limitadas, diversas conseqüências decorrem do fenômeno de sua personificação. Segundo Fran Martins⁹, dentre tais conseqüências, destacam-se o patrimônio próprio, o nome empresarial, o domicílio e a nacionalidade. Entretanto, a principal delas é o reconhecimento da sociedade como ente autônomo, dotado de personalidade distinta da pessoa dos sócios (pessoas físicas) que a integram, com patrimônio próprio e inconfundível com o patrimônio particular de seus membros. Neste sentido também é André Luiz Santa Cruz Ramos:

⁸AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 284

⁹MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 31^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 192.

A principal consequência da personificação das sociedades é o reconhecimento da sociedade como sujeito de direitos, ou seja, como ente autônomo dotado de personalidade distinta da pessoa dos seus sócios e com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios¹⁰.

Vemos que a sociedade, a partir do momento que adquire personalidade jurídica, passa a ser dotada de autonomia patrimonial. Isto significa que o patrimônio social não se confunde com o patrimônio individual dos sócios que integram a pessoa jurídica, sendo que, qualquer que seja o tipo societário adotado, o patrimônio da sociedade é que irá responder por suas obrigações contraídas no exercício da atividade empresarial. Os bens pertencentes os sócios, em via de regra, não responderão por tais obrigações Nesse sentido, a lição de Rubens Requião:

Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural¹¹.

É nesse sentido que se afirma ser, a responsabilidade da sociedade, ilimitada, o que significa que ela responderá por seus encargos e obrigações com a totalidade de seu patrimônio.

Porém, ao contrário da responsabilidade da sociedade pelas suas obrigações, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais varia de acordo com o tipo de sociedade adotado. Dependendo se de responsabilidade limitada, mista ou ilimitada¹². Os sócios, conforme o tipo societário, podem responder ilimitadamente pelas dívidas contraídas por sua sociedade, como nas sociedades em nome coletivo, ou responder de forma limitada, tendo sua responsabilidade um limite relacionado ao valor do investimento a que se propuseram. Neste caso, parte do

¹⁰RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro.** 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 298

¹¹REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** vol. 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 386-387.

¹²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29

prejuízo é transferida aos credores da sociedade. Trata-se das sociedades limitadas e anônimas. Esse tipo de responsabilidade societária decorre da necessidade que tem o direito positivo de incentivar novos empreendimentos, incentivo este que se dá através do controle dos riscos, fazendo com que os sócios (investidores), não percam mais do que investiram em determinada atividade.

Assim, as sociedades de responsabilidade limitada são aquelas cuja responsabilização dos sócios fica adstrita às suas contribuições para a formação do capital social. Ao contrário, as sociedades ilimitadas são aquelas em que, após o esgotamento do patrimônio social, os sócios responderão solidariamente, com todas as forças do seu patrimônio pessoal, pelas obrigações da pessoa jurídica. Já as mistas são aquelas sociedades onde há a presença tanto de sócios que responderão de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais, como sócios cuja responsabilidade limita-se ao investimento realizado na sociedade. Tratam-se das sociedades em comandita, simples e por ações¹³.

Com isso, observa-se que o tipo de responsabilidade dos sócios é essencial na classificação da sociedade, sendo determinante para tal, a limitação ou não de sua responsabilização quanto às obrigações adquiridas pela pessoa jurídica.

No direito brasileiro, a regra acerca da responsabilidade dos sócios, é a subsidiariedade nas obrigações sociais. Assim, em suma, o que vemos é que, além de subsidiária, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada¹⁴, sendo estas, como visto, as espécies de sócios no direito brasileiro.

Em virtude das vantagens inerentes às sociedades limitadas, especialmente no que se refere à autonomia patrimonial, respondendo, os sócios, limitadamente pelas obrigações da sociedade, este tipo de constituição societária é flagrantemente mais comum no Brasil, sendo muitas vezes utilizadas pelos sócios como instrumento tanto para a prática de fraudes contra credores como para o exercício abusivo de determinados direitos, valendo-se assim, da proteção conferida pela personalidade jurídica para praticar atos contrários ao direito.

Diante de tal fato, foi criada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, derivada do direito inglês e norte americano, visando afastar a autonomia

¹³CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54-55.

¹⁴COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29

patrimonial garantida pela personalidade jurídica e responsabilizar os sócios, atingindo seu patrimônio, por eventuais atos fraudulentos e lesivos. Teoria esta que passaremos a estudar adiante.

2.4. A personificação como atividade promocional do Estado

Com a regulamentação da criação de pessoas jurídicas, o Estado visa garantir a livre iniciativa econômica do particular e, principalmente, promover a atividade econômica e social da coletividade. Com isso, o Estado visa incentivar a atividade produtiva da população que virá a satisfazer as necessidades coletivas e contribuíram para o desenvolvimento econômico particular e coletivo.

Assim, a personificação das sociedades tem como objetivo o controle dos riscos inerentes à atividade empresarial e a limitação destes riscos a um determinado patrimônio, evitando que o investidor venha a sofrer um prejuízo maior do que o patrimônio investido da atividade.

Norberto Bobbio traçou a distinção entre a função repressiva e a função promocional do estado. Por meio da função repressiva, o Estado visa coibir condutas indesejadas, coagindo os cidadãos a certo tipo de comportamento, sancionando a conduta contrária. Diversamente, através da função promocional, o Estado estimula a prática de determinadas condutas por parte dos cidadãos, premiando-os com determinados benefícios, por serem, seus resultados, benéficos a toda coletividade¹⁵.

Assim, consiste a atribuição de personalidade jurídica, em uma sanção positiva, incentivadora de uma conduta benéfica a toda coletividade, pois o “desenvolvimento cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado”.¹⁶

Destarte, a atribuição de personalidade jurídica societária, consiste numa técnica de incentivo, a fim de que haja uma conjugação de esforços e recursos propiciando o desenvolvimento de uma atividade econômica, protegendo, as

¹⁵BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura all'azione**. Milão: Di Comunità, 1977, p.80 (*apud*: JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.47)

¹⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.49

pessoas físicas constituintes, dos riscos inerentes a tal atividade e proporcionando desenvolvimento econômico para si e para a população em geral.

2.5. A função social da empresa

Do conhecido princípio constitucional da função social da propriedade decorre o princípio da função social da empresa que está àquele diretamente ligado.

A função social da propriedade ultrapassa os limites do direito individual de propriedade, uma vez que interfere com a chamada propriedade empresarial¹⁷ não podendo mais ser tido como um direito individual devendo ele atender às necessidades da sociedade, ou seja, à sua função social.

O princípio da função social da empresa surgiu na legislação brasileira em 1976, com o advento a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), estando expresso, principalmente, em seu artigo 154: "Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

A função social da empresa não está vinculada a ações humanitárias feitas por parte da empresa, mas sim ao pleno exercício da atividade empresarial, ou seja, na devida organização dos fatores de produção, mas principalmente, encontra-se na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, todos que possibilitam a plena manutenção da atividade, ocasionando em seu desenvolvimento e conseqüente geração de empregos e demais benefícios à sociedade. Sendo assim, tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais¹⁸.

A sociedade revela-se como sujeito ao qual se impõe o dever de exercer a atividade empresarial de acordo com os interesses e necessidades da coletividade, procurando "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", conforme texto legal do artigo 170 da constituição Federal de 1988.

¹⁷SILVA, José. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 284

¹⁸CARVALHOSA, M. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3., p. 237

Como bem disse Felipe Alberto Verza Ferreira, em seu artigo sobre o tema:

Descumpre, assim, a função social da empresa aquele empresário que faz uso da prática da concorrência desleal, que exerce sua atividade de modo gravoso ao meio ambiente, aquele que não observa a segurança e a saúde de seus funcionários e clientes, aquele que sonega ou deixa de recolher os impostos e direitos trabalhistas, aquele que pratica atos de ingerência, entre outros tantos motivos¹⁹.

Percebemos a aplicação de tal instituto na doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, através da qual, o patrimônio pessoal dos sócios da sociedade empresária, como veremos adiante, respondem pelas dívidas da sociedade empresária, quando essa não possuir patrimônio suficiente e, estiver operando em desacordo com sua função social. Nesse sentido a doutrina:

Podemos citar como aplicação prática a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, consagrada pelo novo Código Civil, através da qual imputa-se ao sócio da sociedade empresária, a responsabilidade pelos atos praticados em descumprimento à função social da empresa.²⁰

Dado o exposto, conclui-se que, a sociedade deve zelar pelo pleno exercício da atividade empresarial, pela geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, garantindo com isso, o respeito ao princípio da função social da empresa, adequando-se às prerrogativas legais e principiológicas que visam garantir a harmonia entre o desenvolvimento da atividade econômica e social.

¹⁹ FERREIRA, Felipe Alberto Verza. **Função social da empresa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 731, 6 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6967>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

²⁰ FERREIRA. *Op. Cit.*

3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1. Breve histórico

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard doctrine*, *lifting the corporate veil* ou ainda *disregard of legal entity*, desenvolveu-se a partir da jurisprudência nos Estados Unidos da América no início do século XIX, com o intuito de coibir fraudes e abusos de direito por parte dos sócios de determinada pessoa jurídica. De acordo com Koury, em 1809 já se discutia a Disregard Doctrine nos EUA, tendo como primeiro caso, relatado pela doutrina, o do *Bank of United States v. Deveaux*.

Neste caso, o Juiz Marshall conheceu da causa, com a intenção de preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as *Corporations*, já que a Constituição Federal Americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limitava tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados.

Porém, o caso mais famoso e, de maior relevância para a doutrina foi o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co.* Ocorrido em 1897, na Inglaterra, ficou conhecida como a disputa judicial mais famosa envolvendo a *Disregard Doctrine*, o que deu importância à teoria estimulando estudos mais aprofundados a respeito.

O caso se deu da seguinte forma: Aaron Salomon constituiu no ano de 1892 uma sociedade por ações e resolveu distribuir uma ação para cada um dos seis membros de sua família, ficando com 20.000 ações para si. Assim, ele constituiu uma pessoa jurídica que logo veio a falir. O liquidante da massa falida procurou arrecadar os bens pessoais de Salomon para satisfazer a dívida com os credores da Companhia. Aaron ajuizou ação visando proteger seu patrimônio pessoal, alegando que a responsável seria a pessoa jurídica Salomon & Co.

A justiça inglesa em sua decisão de primeiro grau, optou por desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade fundada por Aaron, entendendo que houve fraude no negócio, o que atingiria seu patrimônio, mas esta decisão foi posteriormente reformada pela *House of Lords* sob o fundamento de que a sociedade havia sido constituída de forma válida, devendo o ordenamento jurídico conceder-lhe autonomia.

Após isto, também ocorreram outros casos, em outros países, como por exemplo, na Alemanha, em 1920, onde o Tribunal do *Reich* julgou vários casos envolvendo a teoria da desconsideração.

Todos esses casos vieram a contribuir para o desenvolvimento da doutrina, até chegar aos moldes nos quais se encontra hodiernamente.

Vários foram os estudiosos que se debruçaram sobre o tema, destacam-se entre eles, Rolf Serick, podendo este, ser considerado o principal sistematizador da *Disregard Doctrine*, nas palavras de Fabio Ulhoa:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a universidade de Tubigen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns outros autores já se haviam dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar e definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1955)²¹.

No Brasil, inicialmente foi usada em algumas decisões judiciais, porém, ganhou força quando começou a ser estudada por alguns doutrinadores, especialmente, Rubens Requião, seu pioneiro no Brasil.

Rubens Requião adaptou a teoria ao direito brasileiro, começou a utilizar a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” e inseriu a fraude e o abuso de direito como elementos indispensáveis para que ocorresse a quebra do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Ocasionalmente, com isso, o alcance ao patrimônio dos sócios, quando do uso indevido ou fraudulento da sociedade. Nesse sentido, segue discorrendo Fabio Ulhoa:

Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como a superação do conflito entre as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu

²¹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38

argumento básico é o de que as fraudes e abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a *disregard doctrine* pelo direito brasileiro²².

Revela-se também, de grande importância para o estudo da teoria da desconconsideração no direito brasileiro, o autor Fábio Konder Comparato, que adotou critérios objetivos em seus estudos sobre a matéria, retirando o seu caráter subjetivo, o que possibilitou uma aplicação mais abrangente da teoria nos casos práticos.

3.2. A Teoria da desconconsideração: aspectos gerais

A teoria da desconconsideração tem como objetivo suspensão da eficácia da distinção entre pessoa jurídica e as pessoas físicas que a integram, visando com isso, responsabilizar os sócios por abuso ou fraude praticados com intenção de furtar-se a uma obrigação legal ou contratual, ou ainda, de prejudicar terceiros. Há também, a possibilidade de se desconSIDERAR a personalidade, caso a pessoa jurídica não tenha patrimônio suficiente para arcar com suas dívidas. Em quaisquer hipóteses de desconSIDERação, o resultado final é que deverão os sócios responderem, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da pessoa jurídica.

Consiste, tal teoria, em um remédio jurídico, que tem o fim de afastar, somente em relação a determinada situação particular, o princípio da autonomia patrimonial responsabilizando os sócios em virtude de conduta fraudulenta ou abusiva na utilização da pessoa jurídica, neste sentido, é o ensinamento de Ana Carolina Santos Ceolin, *in verbis*:

Representa a teoria da desconSIDERação remédio jurídico que possibilita aos magistrados prescindirem da estrutura formal da pessoa jurídica para tornar a sua existência autônoma, como sujeito de direitos, ineficaz em uma situação particular. A criação de tal remédio fez-se necessária dado que, com acentuada frequência, observa-se, nos tribunais de vários países, o mau uso da pessoa jurídica. Consiste a desconSIDERação, destarte, em um instrumento jurídico usado pelos magistrados com o escopo de coibir abusos e

²²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39

fraudes cometidos através da pessoa jurídica pelas pessoas naturais que a constituem²³.

Sendo assim, podemos definir a desconsideração da personalidade jurídica como o instituto que aplicado permite o afastamento momentâneo da personalidade jurídica da sociedade, para destacar ou alcançar diretamente a pessoa do sócio, como se a sociedade não existisse, em relação a um ato concreto e específico²⁴.

É importante frisar que a desconsideração da pessoa jurídica não se confunde com a extinção da mesma, com sua dissolução. São coisas bem distintas e que ocorrem por motivos diversos uns dos outros.

Na desconsideração, não há a extinção da pessoa jurídica e sim, apenas, o seu afastamento momentâneo num determinado caso concreto, no qual se fez necessário buscar no patrimônio pessoal dos sócios, meios para satisfazer dívidas com credores que, devido a ato abusivo ou fraudulento dos sócios, foram lesados. É o que diz Ana Caroline Santos Ceolin sobre o tema:

O ente jurídico não desaparece em decorrência da desconsideração, apenas sua personalidade é ignorada para efeitos de responsabilização de seus membros²⁵.

Sendo assim, pode-se concluir que a teoria da desconsideração visa a combater a utilização abusiva da separação legal existente entre a pessoa jurídica e a pessoa do sócio (princípio da autonomia patrimonial) sem, contudo, negar a existência da sociedade, suspendendo seus efeitos, momentaneamente, apenas em relação a determinado caso concreto.

A aplicação de tal teoria segue alguns critérios norteadores, apontados por Serick em sua esquematização a cerca da *Disregard Doctrine*. Segundo tais critérios, devem ser observados casos de fraude à lei, fraude a obrigações contratuais e a credores para ocorrer a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Consoante a esquematização produzida por SERICK atinente aos critérios de aplicação da teoria da desconsideração, verifica-se que

²³SANTOS CEOLIN, Ana Caroline. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 01

²⁴OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro: Teoria Geral do Direito Societário**. Campinas: LZN, 2004. p. 80

²⁵SANTOS CEOLIN, Ana Caroline. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 04

o primeiro caso refere-se à hipótese de fraude à lei; já o segundo, consubstancia-se na fraude a obrigações contratuais; o terceiro caso é o de fraude contra credores através da transferência de bens do devedor para a sociedade; e o último refere-se às sociedades coligadas ou dependentes e também às sociedades unipessoais²⁶.

Porém, observa-se que tais hipóteses foram enumeradas por Serick, baseadas em casos concretos julgados pelos tribunais norte-americanos.

No direito brasileiro, tais critérios não receberam um estudo mais aprofundado por parte da doutrina. Sendo, em geral, considerado que se deve aplicar a teoria da desconsideração, nas hipóteses de fraude e abuso, sem que tais expressões tenham sido mais bem definidas pela lei ou pela doutrina. Há ainda, a possibilidade de desconsideração devido à insolvência da pessoa jurídica, como veremos adiante.

Cabe ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica, deve ser aplicada nos casos em que o princípio da separação patrimonial representar obstáculo à responsabilização dos sócios, devido a ato ilícito (fraudulento ou abusivo), na administração da pessoa jurídica. É o que diz Fábio Ulhoa.

Cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como *obstáculo* à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração.

(...)

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado a pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial.²⁷

Nesse sentido, não haveria a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica para, por exemplo, responsabilização do sócio em virtude de má administração, podendo este responder diretamente sem a necessidade do “levantamento do véu”.

Acerca da aplicação da teoria, existem algumas teorias, conhecidas como *Teoria Maior* e *Teoria Menor*, sobre as quais passaremos a fazer um breve estudo.

²⁶SANTOS CEOLIN, Ana Caroline. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 14

²⁷COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

3.3. A teoria maior da desconsideração

A teoria maior da desconsideração, também conhecida como teoria clássica, prega que o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, a desconsideração momentânea de sua personalidade, deve ocorrer quando caracterizada a fraude ou abuso de direito. Fazendo com que, a utilização da desconsideração, esteja limitada à coibição de fraudes e atos abusivos, por parte dos sócios, através da personalidade jurídica²⁸.

A fraude caracteriza-se por ato atentatório de direito de terceiro ou burla à lei. Na definição de Caio Mário²⁹, a fraude consiste numa manobra que tem como objetivo prejudicar terceiro. Com a fraude, pretende-se prejudicar os credores, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhe a garantia de deveria encontrar no patrimônio do devedor.

Já o abuso de direito, consiste no cometimento de ato que, embora conforme a lei, não atende à finalidade social, revelando-se abusivo e atentatório ao direito³⁰. Sendo assim, os atos abusivos são aqueles que se afastam dos fins sociais da pessoa jurídica para atender aos interesses egoísticos dos sócios.

Tal teoria tem suas raízes na tese desenvolvida por Rolf Serick. Como explica Fábio Ulhoa, foram quatro os princípios que Serick sistematizou, com base em jurisprudências norte-americanas e alemãs acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica:

O primeiro afirma que “o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”. Entende Serick por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento (1955:276). Ressalva, também, que não se admite a desconsideração sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé. O segundo princípio da teoria da desconsideração circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia deve ser preservada. Afirma que “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de uma negócio não

²⁸COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa. vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

²⁹PEREIRA, Op. Cit, p. 342

³⁰REQUIÃO, Rubens (Abuso de Direito...), **Revista dos Tribunais**, São Paulo, V. 410, dez 1969, p. 15-16

foram atendidos". Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito do credor da sociedade para justificar a desconsideração. De acordo com o terceiro princípio, "aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para o atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica". É esse critério recomendado para resolver questões como a nacionalidade ou raça de sociedades empresárias. O derradeiro princípio sustenta que, "se as partes de um negócio não podem ser consideradas como único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes". Quer dizer, se a lei prevê determinada disciplina para os negócios entre dois sujeitos distintos, cabe desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica que o realiza com um de seus membros para afastar essa disciplina.³¹

Sobre o tema Rubens Requião ensina: "Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos."³²

Subdivide-se a teoria maior em teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva, a depender da exigência, ou não, do elemento anímico para a decretação da desconsideração da pessoa jurídica.

Ao se utilizar como pressupostos para sua aplicação os elementos uso fraudulento e abuso de direito está se utilizando a formulação subjetiva da teoria, que trata da intenção do sócio ou administrador, de frustrar o legítimo interesse do credor. Esse tipo de formulação, porém, apresenta uma grande dificuldade no que diz respeito às provas, uma vez que é ônus do demandante provar as intenções fraudulentas do demandado, o que, pela sua natureza subjetiva, revela-se um tanto quanto penoso. Devido a tal fato, procura-se, muitas vezes, estabelecer presunções ou inversões do ônus da prova, visando facilitar o esclarecimento dos fatos. Justamente devido a essa dificuldade, surge a formulação objetiva da teoria, que trabalha com as mencionadas presunções.³³

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36-37

³² REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45-46

A formulação objetiva insere no rol de possibilidades da desconsideração, a confusão patrimonial. O que demonstraria que o patrimônio do sócio se confunde com o da própria pessoa jurídica, evidenciando o mau uso da sociedade e ensejando no afastamento da autonomia patrimonial. Sendo assim, se numa análise contábil é verificado o pagamento de contas da empresa por parte do sócio e vice-versa, assim como existam bens da empresa em nome do sócio e também o contrário fica presumida a fraude ou abuso de direito, não havendo a necessidade de dilação probatória de caráter subjetivo.

O código civil de 2002, em seu artigo 50, regula a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob o aspecto de sua formulação objetiva, *in verbis*:

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.

Esta construção visa facilitar a garantia dos direitos dos credores, evitando que estes sejam frustrados por eventual falta de provas acerca do ato fraudulento. Contudo, cabe ressaltar que de essa formulação não exaure as possibilidades de aplicação da desconsideração, uma vez que nem toda fraude pode ser caracterizada pela confusão patrimonial.

Com isso, pode-se concluir que a teoria maior da desconsideração, tem como objetivo, assegurar a efetividade ao princípio da autonomia patrimonial, garantindo a segurança dos bens dos sócios, somente podendo esses serem atingidos em virtude de fraude ou abuso praticado pelas pessoas físicas que constituem a sociedade. Esse formulação, revela-se também, um fator de estímulo à atividade empresarial, evitando que os investidores percam seu patrimônio em decorrência de fato inerente ao risco que atividade econômica está sujeita, não ensejando a desconsideração a mera insolvência da pessoa jurídica.

Ao contrário destes aspectos protetivos trazidos pela teoria maior, versa a teoria menor da desconsideração, que não traz como requisito para aplicação do instituto, a ocorrência de fraude ou abuso de direito, como veremos a seguir.

3.4. A teoria menor da desconsideração

De acordo com teoria menor, deve ser autorizada desconsideração da personalidade jurídica quando da ocorrência de simples prejuízo do credor, alcançando assim, o patrimônio dos sócios para satisfazer obrigações da sociedade.

Sendo assim, o único pressuposto para se desconsiderar a personalidade jurídica, seria o não atendimento de crédito perante a sociedade, sem que haja necessidade de qualquer comprovação de fraude ou abuso utilizando-se, para isso, da pessoa jurídica.

Apesar de sofrer várias críticas por parte da doutrina, devido à suposta banalização do instituto da desconsideração, a teoria menor tem grande aplicação na jurisprudência sendo muito aplicada no direito brasileiro, principalmente no direito do consumidor e no direito do trabalho, ocorrendo a responsabilização dos sócios mesmo sem o mau uso da sociedade. No direito do trabalho é clara a aplicação dessa teoria, sob o fundamento de que o empregador assume os riscos da atividade econômica, como previsto no Art. 2º da CLT.

Já no âmbito do direito do consumidor, há previsão legal, no parágrafo 5º do Artigo 28 do CDC, que, em acordo com a teoria menor, prevê, *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 do instituto ou do contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

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

Tal teoria, ainda foi consagrada no art. 4º da lei 9605/98, que trata da proteção do meio ambiente.

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

Há também, a adoção da teoria menor pelo ordenamento pátrio, na Lei 8.884/94, que trata do Conselho Administrativo de defesa econômica, o CADE, em seu o artigo 18, que prevê praticamente as mesmas hipóteses previstas no CDC, o que demonstra ser adota a teoria menor.

Lei 8884/94

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

O exercício da atividade empresarial deve obedecer sempre a uma função que transcende os interesses daqueles que a exercem. É a chamada da função social da empresa.

No direito pátrio, a consagração legislativa da função social da empresa, se deu com o advento da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76). A Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 116, parágrafo único, e artigo 154, reconhece a existência de interesses sociais que devem ser observados no exercício da atividade empresarial, sendo aplicados não só às pessoas que diretamente contribuem para o funcionamento da empresa, assim como aos investidores e trabalhadores, mas também com os interesses da comunidade em que ela atua³⁴.

O princípio da função social da empresa visa resguardar os esses interesses de toda a sociedade, devendo esses ser respeitados face à exploração da atividade econômica. Deve ser observado que, mesmo havendo uma proteção da livre iniciativa pelo ordenamento, esta proteção só será tutelada caso ponderada com os demais princípios constitucionais que norteiam o exercício da atividade econômica, principalmente o princípio da função social da empresa. Tal princípio decorre da previsão do artigo 170 da Constituição Federal, que prevê o dever da ordem econômica em assegurar uma existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

A teoria menor vem sofrendo críticas por parte da doutrina, até mesmo de Fabio Ulhoa, um dos principais nomes, responsáveis pela classificação das teorias

³⁴COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 732, p. 38-46, out. 1996. p. 44.

maior e menor, mas que, em edição mais recente de sua obra desconstrói a classificação anteriormente utilizada:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução de tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se agora, felizmente, ultrapassados³⁵.

Porém, não obstante as referidas críticas, vê-se que a teoria menor é adotada pelo ordenamento pátrio em vários momentos e, em muitos casos é a que melhor garante a observância ao princípio da função social da empresa. Justamente, pelo que, ainda é adotada por parte da doutrina e jurisprudência e, principalmente, como já dito, utilizada no texto legal.

Não obstante, assiste razão a parte da doutrina no que tange ao uso indiscriminado dessa teoria, o que pode causar violação ao princípio da autonomia patrimonial e acabar por tornar-se ameaça ao incentivo à atividade empresarial, pretendido pela separação patrimonial inerente às sociedades limitadas. Nesse sentido é a posição de Rita Nolasco, ao afirmar que a teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento, deve ser admitida em casos concretos extremos³⁶, o que evitaria uma possível banalização da violação ao princípio da autonomia patrimonial.

3.5. Aspectos processuais da desconsideração

A desconsideração da personalidade jurídica, a fim de atingir o patrimônio dos sócios, vem sendo largamente aplicada pelos juízes e tribunais nacionais. Dessa forma, faremos uma breve explanação acerca de sua aplicação processual.

Basicamente, existem 3 possibilidades apontadas pela doutrina, para se aplicar a desconsideração, processualmente falando. A primeira seria a efetivação da desconsideração em fase de conhecimento do processo, a segunda, através de

³⁵COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49

³⁶NOLASCO, Rita Dias. **Responsabilidade Patrimonial**. In SCHIMURA, Sérgio, NEVES, Daniel Assumpção (Coord.). **Execução no Processo Civil: novidades e tendências**. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 228-229

decisão dentro do próprio processo de execução e a terceira forma, seria através da instauração de um incidente processual na fase de execução, no qual de apuraria a eventual responsabilidade dos sócios, aplicando-se ou não a desconsideração da personalidade jurídica.

Há ainda a possibilidade de decretação da desconsideração, *ex-officio* pelo juiz. Tal possibilidade gera divergências na doutrina e jurisprudência.

Parte da doutrina, baseada no art. 50 do CC/2002, que prevê a necessidade do expreso requerimento do interessado ou do Ministério Público, para que se declare a desconsideração, defende a impossibilidade da decretação *ex officio* por parte do juiz nesses casos. Essa exigência é imposta em atenção à necessidade de preservar a imparcialidade do juiz.³⁷

De outro lado, existem doutrinadores que defendem ser possível a atuação *ex-officio* do juiz, independente de requerimento da outra parte. Nesse sentido, professora Genacéia da Silva Alberton: "Todavia, como as situações embasadoras das desconsiderações podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o Juiz desconsiderar a pessoa jurídica, independentemente de postulação da parte autora".³⁸

No entanto, cabe ressaltar que a aplicação de ofício de normas legais pelos juízes é uma medida processual de caráter excepcional e deve estar prevista em lei. Não estabelecendo a lei a possibilidade de o juiz atuar de ofício em face do caso concreto, faz-se necessário o requerimento da parte, sob pena de ser violado o princípio da imparcialidade do magistrado.

Não obstante, existem três posicionamentos doutrinários acerca da aplicação da desconsideração, o primeiro defende que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser efetivada com observância rigorosa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar que se ocasione uma insegurança jurídica na relação processual.

Nesse sentido, afirma-se que os sócios ou administradores da sociedade a serem incluídos no pólo passivo de determinada execução, devem participar da relação jurídica processual de conhecimento, a fim de que lhes seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

³⁷DIDIER JR., Fred. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: **Regras processuais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 07.

³⁸DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 156

Defensor desse posicionamento, afirma Fabio Ulhoa Coelho:

“[...] o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento.[...]”

“A desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação através de meio processual adequado”.³⁹

Tal posicionamento recebe críticas, no sentido de que implicaria uma demora excessiva na satisfação do direito do credor da sociedade, já que este, além de propor uma ação em face da sociedade para ver satisfeito seu crédito, teria também que ajuizar ação cognitiva específica contra os integrantes da pessoa jurídica, para demonstrar que houve prática de fraude ou abuso de direito por parte desses.

Em sentido contrário é a corrente que prega a possibilidade de se declarar a desconsideração nos próprios autos do processo de execução.

De acordo com os defensores desta corrente, uma vez constatada a ausência de bens da sociedade para quitar a dívida, poderá o credor, fazer uma simples petição requerendo ao juízo em que se processa a execução a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada e a inclusão dos sócios no pólo passivo da demanda.

Sendo assim, a desconsideração pode ser deferida no próprio processo de execução, sem necessidade de outra ação com esse objetivo específico, visando principalmente, atender o princípio da instrumentalidade e a efetividade do processo. Nesse sentido a orientação de Gladston Mamede que entende ser possível o uso do processo de conhecimento para a desconsideração, mas não o considera necessário.⁴⁰

Essa corrente, baseia-se também, em entendimento do Superior Tribunal de Justiça que já reconheceu a desnecessidade de uma ação própria para se obter a desconsideração, afirmando que "A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros

³⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de Empresa. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58

⁴⁰MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 271-273

alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses"⁴¹.

Não obstante, há uma terceira corrente, através da qual, a doutrina e a jurisprudência vêm desenvolvendo uma solução intermediária, a fim de dirimir o conflito existente em torno da questão, capaz de atender aos princípios da celeridade e da efetividade processuais, e respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantindo a segurança jurídica nas relações processuais.

Tal solução consiste na instauração de um incidente processual no curso do processo de execução, no qual irá se apurar a conduta dos sócios e verificar a necessidade ou não de se aplicar a desconsideração.

Sendo assim, o objetivo de tal posicionamento é o de que, com incidente, haja oportunidade de os sócios que o credor social pretende sejam responsabilizados tenham garantido seu direito ao contraditório. No incidente haverá espaço para a produção das provas que as partes e o juiz considerarem pertinentes, podendo, assim, os fatos serem mais bem apreciados. Sendo assim, somente depois de decidido o incidente processual de desconsideração, poderá ser declarada a desconsideração com a conseqüente constrição do patrimônio dos sócios. Ademais, a aplicação da desconsideração por incidente processual é célere, efetivando-se dentro da mesma relação jurídica processual, o que o torna compatível com os princípios da celeridade e da economia processual.

Cabe ressaltar que, a nosso ver, mesmo a posição que defende a possibilidade de se decretar a desconsideração nos próprios autos da execução, não fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que os sócios

⁴¹STJ RESP 228357 – disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='228357'\)+ou+\('RESP'+adj+'228357'.suce.\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='228357')+ou+('RESP'+adj+'228357'.suce.)). Acesso em: 15/11/2010

STJ- RESP 228357 – Relator Ministro Castro Filho, DJ de 02/02/2004

FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – REQUERIMENTO – SÍNDICO – DESNECESSIDADE – AÇÃO AUTÔNOMA – PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE.

I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

II – A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.

Recurso especial provido.

poderão se opor a tal decisão, quer seja por meio de agravo de instrumento, ou mesmo por embargos à execução ou embargos de terceiro, nos quais poderá discutir a questão. Em decisão recente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aplicou as duas últimas correntes, em sábia decisão, declarando a desconsideração dentro dos próprios autos, porém dando a oportunidade dos sócios se defenderem, antes da constrição de seus bens, por meio de incidente processual.

Ementa

AÇÃO DE COBRANÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INCIDENTE PROCESSUAL - ART. 50, CC - ABUSO DE PERSONALIDADE CONFIGURADO - POSSIBILIDADE - INTIMAÇÃO DOS SÓCIOS ANTES DA PENHORA DE SEUS BENS - OPORTUNIDADE PARA DEFESA - NECESSIDADE.

Consoante princípios da celeridade e economia processual, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser feita no bojo da ação ordinária, desde que cabalmente comprovado o requisito previsto no art. 50 do CC, qual seja, abuso de personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Sendo a personalidade jurídica criação da lei, cabe ao juiz de direito, caso se convença do uso inadequado desse direito, "levantar o véu" da pessoa jurídica e atingir bens de seus sócios. Haja vista que a pessoa jurídica está com as portas fechadas, não possui bens ou valores penhoráveis e possui dívidas em seu nome, pode-se inferir que ela não está sendo utilizada para os devidos fins, ou seja, está abusando de sua personalidade jurídica - o que constitui razão suficiente para decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Antes da efetivação da penhora sobre os bens dos sócios, deve-se proceder à intimação destes, facultando-lhes oportunidade de infirmar as alegações de fraude, desvio de finalidade ou abuso de direito, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não se pode admitir a constrição judicial de bens do sócio, sem qualquer possibilidade de defesa, ao singelo fundamento de que este poderá opor embargos de terceiro.⁴²

⁴²**TJMG:** 100790993947140011 MG 1.0079.09.939471-4/001(1). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6016812/100790993947140011-mg-1007909939471-4-001-1-tjmg>. Acesso em 15/11/2010.

Resumo: Ação de Cobrança - Desconsideração da Personalidade Jurídica - Incidente Processual - Art.50, cc - Abuso de Personalidade Configurado - Possibilidade - Intimação dos Sócios Antes da Penhora de Seus Bens - Oportunidade Para Defesa - Necessidade.

Relator(a): ELPÍDIO DONIZETTI

Julgamento: 03/11/2009

Publicação: 16/11/2009

Podemos assim, concluir que a corrente que defende a instauração de processo de conhecimento para apuração de possível descon sideração é deveras extremista e, apesar de preservar o direito ao contraditório, fere de forma grave os preceitos da economia e celeridade processual, não devendo ser, portanto, aplicada aos casos concretos.

3.6. O caráter protecionista do direito do consumidor e seu tratamento à descon sideração.

No âmbito do Direito do consumidor, há uma clara proteção a este, baseada em sua posição desfavorável frente às sociedades empresárias, muitas vezes de grande poder econômico. Estabeleceu-se com isso uma situação de hipossuficiência do consumidor. Tal fato se deve à atual configuração do mercado, baseada na produção em massa, pelo domínio do crédito e práticas comerciais abusivas, que colocaram o consumidor numa situação de extrema precariedade frente aos agentes econômicos.

Diante dessa conjuntura percebeu-se que o consumidor estava desassistido, e por isso, necessitava de uma proteção legal. Baseado nessa vulnerabilidade do consumidor, o direito pátrio brasileiro, através da constituição de 1988 alçou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"). Logo após, em 1990, tal preceito foi consolidado, com a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), através da lei 8.078/90.

Assim o já mencionado princípio da vulnerabilidade serviu como principal fundamento para a elaboração do CDC, objetivando dar uma maior proteção ao consumidor frente sua condição de hipossuficiência diante da ordem econômica vigente. Segundo o bom entendimento doutrinário:

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...) A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.⁴³

⁴³ HERMAN, Antônio V. e Benjamin. *In*, BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. **O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade.** Jus

Nesse contexto, foi inserida no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, a fim de garantir o adimplemento de dívida da pessoa jurídica com o consumidor, em decorrência desta relação de consumo.

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 do instituto ou do contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

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

Tal dispositivo, claramente objetiva garantir a pretendida proteção ao consumidor, frente ao fornecedor, mesmo que seja através do patrimônio dos sócios. Nas palavras Haroldo Duclerc Verçosa:

O legislador do CDC, talvez não acreditando na eficácia do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (sempre dependente, até então, da vontade do juiz no caso concreto) – e certamente buscando dar maior grau de proteção ao consumidor diante do fornecedor -, resolveu estabelecer regras expressas a respeito de sua aplicação.⁴⁴

Pode-se observar que, a despeito das críticas doutrinárias, o legislador, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, adotou claramente a teoria menor da desconsideração, com o intuito maior de salvaguardar o consumidor, em sua condição vulnerável, dos abusos praticados por parte dos fornecedores.

Feitas todas essas considerações, passaremos agora ao estudo do tema principal deste trabalho, qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica utilizada contra pessoas jurídicas executadas em virtude de dívida oriunda da falta de recolhimento do FGTS de seus empregados.

Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8648>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

⁴⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito Comercial**. Vol. 2. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 96

4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO APLICADA ÀS PESSOAS JURÍDICAS EXECUTADAS EM VIRTUDE DE DÍVIDA ORIUNDA DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DE SEUS EMPREGADOS.

4.1. Noções preliminares

4.1.1. Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS)

O Fundo de garantia por tempo de Serviço, atualmente, regido pela lei 8036/90, consiste em “recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada”⁴⁵. Sobre o FGTS, é a definição do Ministério Público do Trabalho:

O FGTS foi instituído pela Lei nº 5.107, de 13/09/66. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 59.820, de 20/12/66. Formado por depósitos mensais, efetuados pelas empresas em nome de seus empregados, no valor equivalente ao percentual de 8% das remunerações que lhes são pagas ou devidas; em se tratando de contrato temporário de trabalho com prazo determinado, o percentual é de 2%, conforme dispõe o inciso II do art. 2º da Lei nº 9.601, de 21/01/98.

Atualmente, a Lei que dispõe sobre o FGTS é a de nº 8.036, de 11/05/90, republicada em 14/05/90, já tendo sofrido várias alterações.

O Fundo constitui-se em um pecúlio disponibilizado quando da aposentadoria ou morte do trabalhador, e representa uma garantia para a indenização do tempo de serviço, nos casos de demissão imotivada.

A diferença básica em relação ao modelo anterior é que esses depósitos integram um Fundo unificado de reservas, com contas individualizadas em nome dos trabalhadores.

Além de ampliar o direito indenizatório do trabalhador, que pode, ao final do tempo útil de atividade, contar com o valor acumulado dos depósitos feitos em seu nome, o sistema também o favorece de forma indireta, ao proporcionar as condições necessárias à formação de um Fundo de aplicações, voltado para o financiamento

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1165.

de habitações, assim como para investimentos em saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Como conseqüência, este mecanismo também proporciona a geração de empregos na construção civil, bem como possibilita aos trabalhadores ganhos indiretos decorrentes da ampliação da oferta de moradias.

Com o novo sistema, o encargo adicional gerado para as empresas, por ocasião da implantação do sistema, foi de apenas 2,8%, já que a contribuição de 8% para o FGTS foi compensada com a extinção de outras contribuições até então existentes. Deve-se ressaltar, ainda, o fato de que a contribuição para o FGTS guarda proporcionalidade com a indenização prevista na CLT, permitindo, assim, que a empresa efetive a cobertura parcelada da indenização a que teria direito o trabalhador, quando de seu desligamento. Esse aspecto pode ser considerado, também, como um benefício para o empregador.⁴⁶

Vemos que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é direito do trabalhador, constitucionalmente garantido no art. 7º, III da constituição federal, devendo obrigatoriamente ser recolhido por todo empregador.

Ademais, deve ser salientado que, além de direito trabalhista constitucionalmente garantido, o FGTS tem caráter de grande relevância social, visto que os valores decorrentes deste fundo são aplicados em programas de habitação, saneamento básico e outras obras de fim assistencial. Neste sentido é a explicação do professor Maurício Godinho Delgado, *in verbis*:

O fundo de garantia do tempo de serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de destinação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica.

(...) Além disso, o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, “a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana” (art. 6º, IV, VI e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8036/90).⁴⁷

Com isso, podemos observar que o devido recolhimento do FGTS por parte do empregador, que possui mão-de-obra celetista, revela-se de suma importância, não só para o empregado mas também para toda a sociedade, caracterizando verdadeira função social da empresa e contribuindo para o desenvolvimento de todos.

⁴⁶Ministério Público do Trabalho, O que é o FGTS. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fgts/oquee.asp>>. Acesso em: 19/11/2010

⁴⁷ DELGADO, *op. Cit.*, p. 1171

No que se refere à natureza do FGTS, a princípio, havia entendimentos de que possuía natureza tributária, sendo a ele, aplicadas as disposições do Código Tributário Nacional. Ocorre que, há muito o STF, vem manifestando entendimento no sentido de que o FGTS não possui tal natureza⁴⁸. Tal entendimento foi sedimentado com a edição da súmula 353 do STJ, que dispõe: “As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS”. Nesse sentido, Aldemiro Castro, fundamenta a natureza não tributária do FGTS:

Devemos destacar os seguintes aspectos jurídicos confirmadores da ausência de natureza tributária da contribuição para o FGTS:

- a) a Dívida Ativa do FGTS não se confunde com a Dívida Ativa da União (são dois cadastros distintos, sem comunicação jurídica ou operacional entre si);
- b) como consequência da situação anterior, a regularidade fiscal para com a Fazenda Nacional e distinta da regularidade fiscal perante o FGTS (art. 7º, inciso V e 27 da Lei nº 8.844, de 1994);
- c) a fiscalização do cumprimento das obrigações para com o FGTS é realizada pelos agentes do Ministério do Trabalho (art. 23, caput da Lei nº 8.036, de 1990, e art. 1º da Lei nº 8.844, de 1994), e não, pelos servidores da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda;
- d) a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na cobrança institucional dos valores não depositados decorre de previsão legal explícita, desnecessária se estivéssemos diante de tributo da Fazenda Nacional;
- e) a jurisprudência sufraga pacificamente o prazo prescricional constante no art. 23, §5º da Lei nº 8.036/90, afastando a aplicação dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.⁴⁹

Com isso, hodiernamente, entende-se que o FGTS tem natureza de crédito trabalhista, sendo a ele aplicadas as disposições referentes à legislação trabalhista, assim como à, já mencionada, Lei 8036/90.

4.1.2. A Execução Fiscal para cobrança de dívida oriunda de não recolhimento de FGTS.

A Execução Fiscal tem por objeto a cobrança judicial de dívida ativa da Fazenda Pública, seja ela, estadual, municipal ou federal e é regulada pela Lei

⁴⁸RE 100249/SP, Relator p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 01-07-1988. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723530/recurso-extraordinario-re-100249-sp-stf>. cesso em 21/11/2010

⁴⁹CASTRO, Aldemario Araujo. *Breves considerações acerca das exações instituídas pela Lei Complementar no 110/2001*. In, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2431>>. Acesso em: .05.nov.2010.

6.830/80, assim como Código de Processo Civil, é o que prevê o texto legal do art. 1º da referida lei, *in verbis*:

Art. 1º A execução judicial para cobrança de dívida ativa da união, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios e as respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Como prevê o art. 3º da mesma lei, “a dívida ativa, regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez”, sendo portanto título executivo, como bem diz o art. 585 do CPC, em seu inciso VII:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

VII - a certidão de dívida ativa da fazenda pública da União, dos Estados, e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

No que se refere à cobrança de dívida oriunda do FGTS, a Lei n.º 8.844/94, que dispõe sobre, o tema. No que se refere à cobrança judicial das contribuições devidas ao FGTS, esta lei estatui que, ao Ministério do Trabalho compete a fiscalização e apuração das contribuições devidas ao FGTS, bem como aplicação de multas e encargos, assim como compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o FGTS bem como, diretamente ou por intermédio da CEF, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do FGTS para a correspondente cobrança (arts. 1.º e 2.º).

Sendo assim, a Caixa Econômica Federal, por força de convenio firmado com a Fazenda Nacional, em virtude do art. 2º da referida lei, é responsável pelo ajuizamento e de execuções fiscais para a cobrança das dívidas oriundas da falta de recolhimento de FGTS por parte dos empregadores.

Lei 8.844/94

(...)

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia

do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

Em síntese, ocorre que quando o fiscal do trabalho verifica a falta de recolhimento do FGTS por parte de determinada pessoa jurídica, ele lavra um auto de infração, originando uma notificação, denominada de NDFG (notificação para depósito de fundo de garantia). Após isso, decorrido determinado prazo, e não havendo o pagamento do débito em questão, ocorre a inscrição na dívida ativa da união, por meio da CDA (certidão de dívida ativa) e, logo após, procede-se ao ajuizamento da execução fiscal a fim de que se possa satisfazer a dívida. Na descrição do Ministério do Trabalho:

“(...)Existe possibilidade de a pessoa empregadora formalizar parcelamento de débito perante a Caixa Econômica Federal, dos valores de FGTS (mensal) e de Contribuição Social Mensal. Em tal hipótese, o processo será encaminhado ao agente operador (Caixa Econômica Federal) para acompanhamento. Não cumprido o parcelamento, o processo será preparado para inscrição em dívida ativa da União e cobrança executiva”.⁵⁰

Sobre o tema, versa o art. 39 da portaria 148/96 do Ministério do Trabalho, que trata dos procedimentos administrativos dos autos de infração:

Art. 39. Decorrido o prazo de defesa da NDFG, sem a manifestação do devedor ou julgadas improcedentes suas razões ou esgotados os prazos recursais, encaminhar-se-á o processo à CEF que o preparará para inscrição em Dívida Ativa da União, competência esta da Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN

Sendo assim, gerando, o débito por falta de recolhimento de FGTS, dívida ativa com a União, procede-se à execução fiscal, na qual, muitas vezes há a necessidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para que se dê efetividade ao processo, uma vez que as empresas executadas, por vezes, não possuem patrimônio suficiente para quitar o débito, como veremos a seguir.

⁵⁰Ministério Público do Trabalho, Disponível em: <http://www.mte.gov.br/delegacias/pr/pr_serv_multas.asp>. Acesso em: 21/11/2010

4.2. A desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais por dívida de FGTS.

Há muito, defendia-se a inclusão, dos sócios da pessoa jurídica executada por dívida oriunda da falta de recolhimento do FGTS de seus empregados, no pólo passivo da demanda, para que respondessem com seu patrimônio pessoal pela dívida, com fulcro no art. 135, III do CTN, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração, contrato social ou estatutos:

(...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Porém, como já dito, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou no sentido de que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não possui natureza tributária, não podendo, com isso, ser aplicado a ele as disposições do Código Tributário Nacional, o que fez cair por terra as argumentações a favor da inclusão dos administradores, no pólo passivo da execução fiscal, que utilizavam como argumento o referido dispositivo legal do CTN.

Vemos porém que, tal dispositivo regulamenta a responsabilidade direta dos administradores, tendo conduto, o mesmo efeito prático da desconsideração, qual seja a responsabilização da pessoa física com seu patrimônio pessoal. Não se confunde, no entanto, com o instituto objeto deste trabalho, por não caracterizar, a utilização de tal dispositivo, desconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante, com o entendimento de que o FGTS possui natureza de crédito trabalhista, começou-se aplicar a ele, os preceitos do direito do trabalho.

Na doutrina juslaborativa vige o princípio da alteridade. Tal característica se refere à assunção de riscos do empreendimento por parte do empregador, não podendo este último ser penalizado por possíveis prejuízos e perdas oriundos do empreendimento dirigido pelo respectivo empregador. Sobre o tema, são as palavras do ilustre professor Mauricio Godinho Delgado:

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstancia de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

A presente característica é também conhecida pela denominação *alteridade*. (...)

A regra da assunção dos riscos pelo empregador leva a que não se autorize distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados, ainda que verificados reais prejuízos e perdas no âmbito do empreendimento dirigido pelo respectivo empregador.⁵¹

Observa-se que o direito trabalhista tutela as garantias conferidas aos empregados, não autorizando que estes sejam prejudicados em prol de seus empregadores.

Sendo assim, é entendimento pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência trabalhista que deve ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica às sociedades que, estando em débito com os seus empregados, não possuem bens para quitá-los. Senão vejamos ensinamento doutrinário a respeito:

Na justiça do trabalho, portanto, se a sociedade não possui patrimônio para arcar com os créditos dos seus empregados, cumpre aos sócios responder por eles, independente de prova de abuso ou fraude.⁵²

Apesar de sofrer críticas de parte da doutrina, este tipo de desconsideração da personalidade é o que se aplica no direito trabalhista, sendo pacífica tal aplicação na jurisprudência juslaborativa. Neste sentido são inúmeros julgados do TST, senão vejamos um deles a título de ilustração:

A C Ó R D Ã O

(Ac. 6ª Turma)

GMMGD/mas/jr

RECURSO DE REVISTA. FALÊNCIA. INCLUSÃO DO SÓCIO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE DIANTE DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

⁵¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 374-376

⁵²SANTOS CEOLIN, Ana Caroline. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 92

JURÍDICA. Na esfera trabalhista, entende-se que os bens particulares dos sócios das empresas executadas devem responder pela satisfação dos débitos trabalhistas. Trata-se da aplicação do disposto no artigo 592, II, do CPC, e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, esta derivada diretamente do caput do art. 2º da CLT (empregador como ente empresarial ao invés de pessoa) e do princípio justrabalhista especial da despersonalização da figura jurídica do empregador. Na hipótese de falência, incide também o art. 28 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que dispõe: "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." Está claro, portanto, que não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, em certos casos de que a falência é um exemplo a responsabilização do sócio pelas dívidas societárias. Assim, se é permitido que, na fase de execução, possa o sócio ser incluído na lide para fins de responsabilização pela dívida apurada, com muito mais razão deve-se aceitar sua presença na lide desde a fase de conhecimento, em que poderá se valer mais amplamente do direito ao contraditório. Contudo o sócio não responde solidariamente pelas dívidas sociais trabalhistas, mas em caráter subsidiário, dependendo sua execução da frustração do procedimento executório perfilado contra a sociedade, na forma do caput do art. 596 do CPC. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido quanto ao tema.⁵³

Vemos que no âmbito trabalhista, não obstante posicionamentos em contrário, a desconsideração ocorre pelo simples fato de a sociedade não possuir patrimônio suficiente para quitar a dívida, sendo, nesses casos aplicada a teoria menor da desconsideração.

No mesmo sentido do entendimento predominante na Justiça do trabalho, é a posição do direito do consumidor. Ambos visam resguardar os direitos da parte hipossuficiente, mais vulnerável, quais sejam, o trabalhador e o consumidor, cada um com suas peculiaridades, obviamente.

No direito do trabalho, tal proteção é garantida através de princípios como da alteridade (já explicitado), o princípio da proteção, o princípio da aplicação da norma mais favorável, o *in dubio pro operario*, entre outros.

Ao versar sobre o princípio da proteção no direito do trabalho, diz Maurício Godinho:

⁵³TST RR - 2400-18.2003.5.01.0005, PUBLICAÇÃO: DEJT - 28/06/2010, disponível em <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=208946&ano_int=2007&qtd_acesso=3527329>. Acesso em: 17/11/2010.

Informa este principio que o Direito do trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.⁵⁴

Vemos que, assim como no direito do consumidor, no Direito do trabalho, há uma proteção à parte hipossuficiente, objetivando equilibrar as relações existentes, proporcionando equidade e justiça a ambas as partes.

Tendo em vista o art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade economica, admite, assalaria e dirige a pretensão pessoal de serviço”, e que a CLT não traz regras especificas acerca da desconsideração da personalidade jurídica; a partir de uma interpretação sistematica do ordenamento, é primordial que, analogicamente, se aplique o art. 28 do CDC, às relações trabalhistas, tendo em vista a semelhança do trabalhador com o consumidor, no que tange à sua hipossuficiencia nas relações em que estao incluidos. Neste sentido é o ensinamento de Haroldo Duclerc:

(...) levando em conta que a CLT não encerra regras sobre a suspensão da personalidade jurídica de sociedades empregadoras, este instituto deveria ser aplicado à luz da orientação tomada do direito do consumidor, seguindo os principios desde, tanto antes do NCC (na categoria de doutrina) quanto após sua edição (na condição de regra de direito positivo correspondente ao seu art. 50).⁵⁵

Percebe-se que tal aplicação é perfeitamente possível e deve ser feita, dando fundamento legal às decisões da justiça trabalhista e garantindo a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de satisfazer os débitos trabalhistas do empregador para com seus empregados, inclusive devendo ser aplicada às dividas oriundas da falta de recolhimento de FGTS, dada sua natureza trabalhista, como já abordado no presente estudo.

Além disso, a dívida por falta de recolhimento de FGTS, não é simples débito. Como já dito, o fundo é direcionado a vários programas sociais, em prol de toda

⁵⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 183.

⁵⁵VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito Comercial** . Vol. 2. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 90

sociedade e, no mais, seu recolhimento, consiste em direito do trabalhador constitucionalmente garantido.

Sendo assim, o recolhimento do FGTS revela-se primordial para o atendimento ao princípio da função social da empresa, também já explicitado em capítulo anterior do presente estudo. Sendo de suma importância que se aplique a desconsideração a fim de garantir o direito do trabalhador e tutelar o referido princípio sob pena de se estar compactuando com o uso indevido da personalidade jurídica.

Ocorre que, no âmbito da Justiça Federal, competente para processar e julgar os processos de execução fiscal por dívida de FGTS, normalmente ajuizados pela Caixa Econômica Federal, em decorrência do convênio com a Fazenda pública da União, o entendimento não é tão pacífico quanto na Justiça do Trabalho. Havendo julgados tanto contra quanto a favor da aplicação da desconsideração.

Normalmente, quando da negativa de inclusão dos sócios no pólo passivo, os fundamentos a sustentar tal decisão, são a inaplicabilidade do art. 135, III, do CTN, ao FGTS e que, mesmo se analisando a questão à luz dos demais diplomas legais do direito brasileiro, tal dívida não seria suficiente para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. Como podemos observar na ementa que segue:

Ementa: PROCESSO CIVIL. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO PROCESSO EXECUTIVO DE COBRANÇA DE FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consagrou entendimento, esposado na Súmula 353, de que "as disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS", por não possuírem natureza tributária. Assim sendo, em se tratando de ação de cobrança de tais contribuições, são inaplicáveis as regras do CTN relativamente à responsabilidade de sócios de empresa.

2. A responsabilidade de sócios em caso de dívida que não ostenta natureza de tributo, como ocorre com o FGTS, só se configura quando presentes, na espécie, os elementos da teoria da despersonalização da pessoa jurídica.

3. A dissolução irregular da empresa não é suficiente para justificar a adoção da medida excepcional de desconsideração da personalidade jurídica, por não comprovar o alegado abuso da personalidade jurídica ou fraude, a ensejar a responsabilização pessoal dos sócios por dívida da pessoa jurídica. Com efeito, tem-se entendido que o inadimplemento da obrigação não configura

violação de lei apta a acarretar o redirecionamento da execução contra os sócios da empresa devedora.⁵⁶

Porém, há também decisões em sentido diverso, autorizando a inclusão dos sócios no pólo passivo, para que sejam responsabilizados pela dívida.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR .

1. A jurisprudência está pacificada no sentido de afastar a incidência das regras de responsabilidade dos sócios previstas no CTN, especialmente em seu artigo 135, na hipótese de execução das contribuições ao FGTS, por não possuírem natureza tributária.

2. Sendo inaplicável o CTN, é o artigo 50 do CC que fundamenta eventual responsabilização dos sócios pela dívida. Considerando que o nome do sócio não consta da CDA, para que este seja incluído no pólo passivo, a exequente deve demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica.

3. Nas execuções de dívidas de contribuições ao FGTS, é cabível o redirecionamento contra o sócio quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 4. A simples devolução do AR negativo, sem sequer ter havido diligência por parte de oficial de justiça, é insuficiente para pressupormos o encerramento irregular da sociedade. Todavia, no caso em questão, foi possível identificar o motivo da devolução, vale dizer, não ter sido localizada a empresa executada naquele endereço, restando comprovado o indício de dissolução irregular, a fim de justificar o redirecionamento da execução.

5. O fato de o co-executado ter se retirado da empresa não abala o entendimento acima, já que o débito abrange período em que ele ainda figurava como sócio.

6. A prescrição é matéria que pode ser apreciada pelo juízo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício.

7. Agravo a que se nega provimento.⁵⁷

⁵⁶ **Processo: AC 2002.38.00.047145-0/MG; APELAÇÃO CIVEL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS

Convocado: JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.)

Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Publicação: e-DJF1 p.249 de 29/01/2010

Data da Decisão: 30/11/2009

⁵⁷ **Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 244127**

Processo: 2005.03.00.066661-7

UF: SP

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 07/07/2009

Fonte: DJF3 CJ1 DATA:23/07/2009 PÁGINA: 40

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF

Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5313910/agravo-de-instrumento-244127-ai-66661-sp-20050300066661-7-trf3>>. Acesso em: 15/11/2010.

Vê-se que, não sendo mais possível a utilização do art. 135, III do CTN para fundamentar a inclusão dos administradores no pólo passivo da execução, os tribunais têm entendido que cabe aplicar ao caso as disposições do art. 50 do CC, a fim que se desconsidere a personalidade jurídica e se responsabilize pessoalmente os sócios. Sendo assim, estando demonstrado o abuso da personalidade jurídica ou a confusão patrimonial, deve-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica para que os sócios respondam pela dívida oriunda da falta de recolhimento do FGTS, com seu patrimônio pessoal. E são inúmeras as decisões nesse sentido.

Há também, decisões a favor da inclusão dos sócios, que além de valerem-se do art. 50 do Código Civil, usam também como fundamento na Lei 8.036/90 que, como já dito trata do FGTS e, em seu artigo 23 caracteriza a falta de recolhimento daquele, como infração à lei.

Ressalvado meu posicionamento pessoal, em respeito ao entendimento predominante desta Turma Suplementar, considero que a contribuição ao FGTS não se afigura tributo, mas sim obrigação de cunho civil/trabalhista que, nesta qualidade, não se submete às normas gerais tributárias. Por outro lado, a ausência de natureza tributária da contribuição ao FGTS não implica na impossibilidade absoluta de responsabilização dos sócios da empresa pelo seu não recolhimento. Sim, pois, apesar da impossibilidade de se aplicar, na sua cobrança, o disposto no artigo 135 do Código Tributário Nacional, o direito comercial, e agora o direito civil, regulam as condutas dos sócios e as conseqüências delas decorrentes. Com isto, até o advento do Novo Código Civil, as sociedades de responsabilidade limitada eram regidas pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1.919, que, em seu artigo 10, textualmente dispunha que os sócios gerentes ou que derem nome à firma respondem solidária e ilimitadamente para com terceiros pelo excesso de mandato ou pelos atos praticados com violação de contrato ou de lei. Há, portanto, fundamento legal para a inclusão destes no pólo passivo dos executivos fiscais, mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, desde que configurada alguma das situações exigidas por lei.(...) A mera inadimplência do contribuinte pessoa jurídica somente passou a permitira a responsabilização pessoal dos sócios - clara opção do legislador - com a promulgação da Lei nº 8.036/90. Inúmeros precedentes jurisprudenciais neste sentido (grifo nosso).⁵⁸

⁵⁸Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Classe : REOAC - REMESSA EX OFFICIO EM APELAÇÃO CÍVEL - 228708
Processo: 95.03.004593-2
UF: MS
Órgão Julgador: TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO
Data do Julgamento: 21/05/2008
Fonte: DJF3 DATA:12/06/2008
Relator: JUIZ CONVOCADO CARLOS DELGADO

Uma vez que o não recolhimento do FGTS é caracterizado pelo art. 23 da Lei 8036/90 como infração à lei, deve o administrador ou sócio-administrador, responder pessoalmente pela dívida, devendo ser incluído no pólo passivo da execução. Porém, ocorre que tal hipótese, assim como a aplicação do art. 135 do CTN, caracteriza responsabilidade direta do representante, tendo o mesmo efeito prático da desconsideração, porém, não se confundindo com esta.

Diante de tal análise, podemos constatar que o tema é polêmico e controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não tendo ainda, se formado, no âmbito da Justiça Federal, na qual ocorre o processamento e julgamento das execuções fiscais, entendimento pacífico acerca do tema. Valentin Carrion, ao comentar o art. 883 da CLT, tece os seguintes comentários:

Mas firmou-se a jurisprudência presumindo a responsabilidade dos sócios-gerentes da sociedade limitada quando não houver dissolução formalmente válida, cuja prova incumbe ao sócio que quer livrar-se da execução, ou mesmo sem dissolução formal, quando a empresa não possuir bens para a penhora. A medida encontra inspiração no Código Tributário Nacional, art. 135 (responsabilidade dos administradores por infração de lei). Caracterização de sócio (CC, art. 981).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (*Disregard of Legal Entity Doctrine*) foi pela primeira vez reconhecida pela legislação civil com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90, art. 28). No Direito do Trabalho, tem sido aplicada nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como no caso de violação da lei ou do contrato, meios fraudulentos e insuficiência de bens da Empresa. Amador Paes de Almeida admite-a quando os administradores utilizam a pessoa jurídica, aparentemente na forma da lei, com desvio de sua exata função: 1) uso abusivo da sociedade; 2) fraude, como artifício para prejudicar terceiros, levados a efeito “dentro da presumida legalidade”; 3) confusão patrimonial; 4) insuficiência do capital social ‘para o exercício da atividade empresarial’.⁵⁹ (grifo nosso)

Sabe-se que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, devendo-se pautar em critérios para sua aplicação, como já visto. Porém, em virtude dessa excepcionalidade, assim como das garantias oferecidas pelas características inerentes à personalidade jurídica, vê-se que, muitas vezes, os sócios valem-se dessas garantias para furtar-se de suas obrigações, promovendo

⁵⁹CARRION, Valentin. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 723-724.

dissoluções irregulares de suas empresas, abusando do direito e cometendo atos fraudulentos com o intuito de obter vantagem que não lhes é devida, em detrimento do direito de outrem.

Dado todo exposto, não obstante todas as controvérsias, vê-se que há uma tendência, justamente em decorrência do posicionamento dos textos legais adotados do direito pátrio e, em analogia, ao entendimento predominante no direito trabalhista, em se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais por dívida de FGTS, justamente em virtude da natureza trabalhista e social que possui o referido fundo, sendo de grande importância para toda sociedade e primordial para o atendimento à função social da empresa.

5 – CONCLUSÃO

Objetivamos com o presente trabalho contribuir para um melhor entendimento e aplicação acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente no que tange à sua utilização visando receber dívidas oriundas da falta de recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço dos trabalhadores por parte do empregador.

Iniciada uma análise sobre a pessoa e personalidade jurídica, podemos concluir que a criação desta tem como principais objetivos a reunião de esforços em busca de um determinado fim e o estímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial que proporciona grande desenvolvimento a toda sociedade.

Vimos que a empresa deve obedecer ao princípio da função social e cumprir com todas suas obrigações e deveres, preservando o meio ambiente, pagando devidamente os tributos e encargos trabalhistas, assim como promover o bom desenvolvimento da economia.

Observamos que, a pessoa jurídica não consiste em um ente ficto, formado por órgãos, criado pela mente humana, mas sim em uma realidade, fruto da técnica jurídica, dotada de personalidade conferida pelo ordenamento jurídico, sujeita de direitos e obrigações e representada pelas pessoas físicas que a integram.

Visando garantir o estímulo à atividade empresarial, protegendo as pessoas físicas integrantes da pessoa jurídica, aplica-se o princípio da autonomia patrimonial, que consiste na separação dos bens da empresa e dos sócios, sendo que, estes últimos, não devem responder, regra geral, por responsabilidades da pessoa jurídica.

Ocorre que, muitas vezes, a pessoa jurídica não consegue arcar com suas dívidas, surgindo a necessidade de responsabilizar, os sócios, afastando momentaneamente o princípio da autonomia patrimonial e atingido seus bens particulares para que respondam pelas dívidas da sociedade. Nasce com isso a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre tal doutrina desenvolveram-se críticas e teorias acerca de sua aplicação. Vimos que apesar de a doutrina defender em sua maioria a teoria maior, aplicando-a somente em caso de fraude ou abuso de direito, o ordenamento brasileiro, em vários momentos adotou também a teoria menor.

Fizemos uma análise processual da teoria e passamos pelos dispositivos legais do ordenamento brasileiro que versam sobre o tema.

Especificamente no que diz respeito à aplicação da teoria da desconsideração nos processos de execução fiscal promovidos contra sociedades que deixaram de recolher o FGTS de seus empregados, vimos que existem posicionamentos jurisprudenciais diversos.

Conclui-se, porém, que apesar da aplicação da teoria da desconsideração, ser medida extrema e que deve ser pautada em vários fatores, ela deve ser aplicada nos casos de execução fiscal por dívida de FGTS. Vários são os fundamentos para tal aplicação.

Tendo o FGTS natureza de crédito trabalhista e, no âmbito da justiça do trabalho sendo pacífica a aplicação da desconsideração em virtude de créditos trabalhistas, não restam dúvidas de sua aplicação na cobrança do FGTS através das execuções fiscais.

A previsão legal do art. 28 do CDC, deve ser estendida às cobranças de créditos trabalhistas, portanto, às cobranças de dívida oriunda de falta de recolhimento de FGTS. Isso deve-se à intenção de legislador de proteger os hipossuficientes e, à semelhança existente, em relação a tal condição, entre os trabalhadores e consumidores. Decorre de tal aplicação que, a desconsideração da personalidade jurídica, deve ser utilizada na cobrança do FGTS.

Ademais, não recolhendo devidamente o FGTS o empregador não está atendendo à função social de sua empresa, sendo prejudicial ao empregado e a toda sociedade, praticando abuso da personalidade jurídica, o que também pode fundamentar a desconsideração com base no próprio art. 50 do Código Civil de 2002.

Não pode ser deixada de lado relevância do bem jurídico tutelado. Trata-se de patrimônio que, cobrado *ex vi legis* como dívida ativa da Fazenda Pública Nacional, pertence aos empregados das sociedades executadas. Sua natureza social e trabalhista elevou-o à estatura de direito constitucional, que lhe foi atribuída pelo art. 7.º, III, da Constituição da República. Em última análise, deixar de efetuar os depósitos fundiários vulnera a própria Carta Magna.

O que buscamos com o presente estudo não foi de forma alguma esvaziar o instituto da desconsideração, nem favorecer quem quer que seja, como trabalhadores, Fazenda Pública ou mesmo a Caixa Econômica Federal, responsável

pela cobrança das dívidas aqui discutidas. Muito menos prejudicar as empresas de um modo geral. O que pretende-se, é contribuir para a correta aplicação da teoria da desconsideração pelos tribunais e, principalmente, contribuir para que direitos constitucionalmente garantidos não sejam prejudicados frente à má utilização das pessoas jurídicas por sócios mal intencionados visando obter vantagem que não lhes é devida em detrimento de direito alheio.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 244127. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5313910/agravo-de-instrumento-244127-ai-66661-sp-20050300066661-7-trf3>>. Acesso em: 15/11/2010.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARRION, Valentin. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHOSA, M. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1977.

CAVALCANTI, José Paulo. **Pessoa jurídica: Representação ou teoria orgânica.** Retirado da Obra: Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 732, p. 38-46, out. 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.

Dicionário infopédia. Disponível em: < <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa-ao/fraude>>. Acesso em 21/11/2010

DIDIER JR., Fred. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: **Regras processuais no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.** Salvador: Editora JusPODIVM, 2006

DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. **O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8648>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

FERREIRA, Felipe Alberto Verza. **Função social da empresa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 731, 6 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6967>>. Acesso em: 14 nov. 2010

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Da personalidade jurídica e sua desconsideração**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7522>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Ministério Público do Trabalho, Disponível em: <http://www.mte.gov.br/delegacias/pr/pr_serv_multas.asp >. Acesso em: 21/11/2010

Ministério Público do Trabalho, O que é o FGTS. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fgts/oquee.asp>>. Acesso em: 19/11/2010

NEVES, Daniel Assumpção (Coord.). **Execução no Processo Civil: novidades e tendências**. São Paulo: Editora Método, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de Direito Empresarial Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Societário. Campinas: LZN, 2004.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

RE 100249/SP, Relator p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 01-07-1988. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723530/recurso-extraordinario-re-100249-sp-stf>. Acesso em 21/11/2010

REQUIÃO, Rubens (Abuso de Direito...), **Revista dos Tribunais**, São Paulo, V. 410, dez 1969

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS CEOLIN, Ana Caroline. **Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STJ RESP 228357 – disponível em:
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='228357'\)+ou+\('RESP'+adj+'228357'.suce.\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='228357')+ou+('RESP'+adj+'228357'.suce.)). Acesso em: 15/11/2010

TJMG: 100790993947140011 MG 1.0079.09.939471-4/001(1). Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6016812/100790993947140011-mg-1007909939471-4-001-1-tjmg>. Acesso em 15/11/2010.

TST RR - 2400-18.2003.5.01.0005, PUBLICAÇÃO: DEJT - 28/06/2010, disponível em
http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=208946&ano_int=2007&qtd_acesso=3527329>. Acesso em: 17/11/2010

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito Comercial** . Vol. 2. São Paulo, Malheiros, 2006.