

El levantamiento de la personalidad jurídica en el derecho privado brasileño*

FABIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE**
ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO***

Sumario: I. Desarrollo de la teoría del levantamiento (*desconsideração*) de la personalidad jurídica en el derecho brasileño. II. El régimen del levantamiento de la personalidad jurídica en el Código Civil. III. El levantamiento de la personalidad jurídica en la legislación especial. IV. Efectos materiales y procesales que surgen de la aplicación de la teoría del levantamiento. V. Conclusión.

Resumen: El presente artículo, desde la óptica del derecho brasileño, pero con alcance general, pone de manifiesto la necesidad de buscar un equilibrio entre la tutela de los acreedores y la necesidad de protección de los intereses empresariales con el mecanismo del llamado levantamiento del velo corporativo. Ese equilibrio, según lo plantea el artículo, no puede dejar de abordar temas como la seguridad jurídica, la economía privada, la protección de la parte débil en la relación contractual y la buena fe.

Palabras clave: Persona jurídica, sociedades, levantamiento del velo corporativo, personalidad jurídica.

* El presente artículo hace parte de un proyecto más amplio de investigación sobre el tema –que lleva por título “Pensando el Derecho”–, organizado por el Ministerio de Justicia brasileño y del cual participaron, además de los autores, PAULO CALIENDO, de la PUCRS, y las abogadas MARIANA PETERSEN CHAVES y GABRIELA SANTOS FERREIRA. Traducción del portugués, ÉDGAR CORTÉS.

** Fábio Siebeneichler de Andrade – Profesor titular de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul –PUCRS–, Brasil, Doctor en Derecho por la Universidad de Regensburg, Alemania. Abogado en Porto Alegre, RS. Correo electrónico: [fabio.andrade@camposadvocacia.com.br].

** Profesor adjunto de Derecho Civil de la PUCRS, Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS).

Fecha de recepción: 1 de julio de 2010. Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2010.

I. DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO (DESCONSIDERAÇÃO) DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO BRASILEÑO

La evolución de la noción de persona jurídica sirve como ejemplo paradigmático del espíritu conceptualista del siglo XIX, que marcó la formación de los conceptos de las principales figuras del Derecho Civil clásico.

El tema de la persona jurídica –y la noción de sujeto de derecho– se puede examinar a la luz del derecho romano¹ toda vez que resulta esclarecedor indagar, de un lado, cómo los romanos solucionaban los problemas que actualmente se resuelven recurriendo a la figura de la persona jurídica², y, de otro, si esas soluciones se identifican efectivamente con el concepto de persona jurídica³. De la misma manera, no se puede desconocer el desarrollo dado a la materia en el periodo medieval en el que se profundizó en el tema con base en las fuentes romanas⁴.

No obstante, y aun sosteniendo esta premisa, resulta forzoso reconocer que los contornos del concepto de persona jurídica giran en torno de las teorías elaboradas en el siglo XIX, en especial por los autores de la escuela pandectística⁵: de un lado, la teoría de la ficción, defendida por SAVIGNY, y de otro, la teoría de la realidad que vio en OTTO Gierke uno de sus máximos exponentes⁶.

Este esfuerzo de conceptualización, se podría decir, de una dogmática en el campo del Derecho Civil, en especial respecto de la persona jurídica, no tiene razones sólo académicas: al Derecho Civil interesa de manera especial que se fije la autonomía jurídica de las personas de existencia ideal –tal como se refería TEIXEIRA DE FREITAS a las personas jurídicas– con el fin de instituir, al lado de las personas naturales, un segundo grupo de sujetos de derechos, para no contravenir la idea de que una persona solamente puede tener un patrimonio⁷. Con el fin de mantener la estructura, la armonía, la tradición y el carácter ético de que solamente personas pueden ser sujetos de derechos subjetivos, el ordenamiento jurídico establece qué

- 1 En ese sentido, cfr., por ejemplo, R. ORESTANO. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 1968, p. 79.
- 2 A este respecto, es objeto de referencia frecuente el siguiente pasaje de las fuentes romanas, que hace mención a la *universitas*: “Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitatis singuli debent” (D. 3.4.7.1) (Si algo es debido a la universalidad, no es debido a cada uno de sus miembros; ni aquello que la corporación debe es deuda de cada uno de sus miembros).
- 3 R. ORESTANO. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, cit., p. 80.
- 4 Cfr. H. HATTENHAUER. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, Beck, Munich, 2000, p. 24.
- 5 Sobre la relevancia de la pandectística ver, por ejemplo: K. LUIG, *La Pandettistica come Scienza Guida della Scienza Giuridica Dell'Ottocento*, en Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latino-americano, Cedam, 1988, p. 289.
- 6 Cfr. sobre el tema, H. HATTENHAUER. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 33; R. ORESTANO. *Il Problema delle Persone Giuridiche*, cit., p. 21.
- 7 Cfr. al respecto, F. GALGANO. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, 1979, p. 93.

formas de organización jurídica distintas de la persona natural deben ser calificadas, de la misma manera, como personas (jurídicas)⁸.

Habiendo sido fijada esta concepción por la dogmática jurídica, lentamente surgió su paradoja: el formalismo de la persona jurídica puede dar margen a desviaciones en la medida en que la autonomía que se le reconoce puede impedir que se haga responsable a quien efectivamente detenta su gestión, esto es, las personas físicas que la componen.

Debido al incremento en la utilización de la técnica de la personificación, por causa de la intensa actividad económica en el curso del siglo XX, llevada a cabo, además, mediante nuevas técnicas empresariales que superaron la figura subjetiva del comerciante y adoptaron la técnica objetiva de la persona jurídica y de la empresa, este riesgo dejó de ser apenas potencial para constituirse en un problema efectivo y merecedor de especial consideración, que el ordenamiento jurídico tiene necesariamente que superar.

Aparece así la teoría del levantamiento de la personalidad jurídica (o del velo corporativo) con el fin de superar las dificultades teóricas surgidas del rigor conceptual originario⁹. En esencia, se asiste a una nueva práctica en el plano dogmático en la medida en que se abandona la fase de plena conceptualización de la técnica jurídica para reconocer que las figuras jurídicas deben orientarse por la que sea su funcionalidad¹⁰.

En el derecho brasileño esta percepción se sucede sólo en un momento posterior al de otros países. Solamente al final de la década de los 60 del siglo XX la doctrina brasileña prestó atención a los problemas que se derivaban de una visión estricta de la separación entre persona jurídica y personas naturales que la componen, y a la posibilidad de recurrir a la teoría del levantamiento de la personalidad para solucionarlos¹¹.

Se hizo presente, entonces, en el escenario jurídico brasileño, la referencia a la 'crisis' de la persona jurídica¹², en el sentido de hacer énfasis en la necesidad de revisar las bases normativas de ese concepto¹³. Se pretendió, así, rescatar el sentido real de la figura *persona jurídica* para incluir la teoría del levantamiento dentro de un cuadro conceptual renovado¹⁴.

8 En ese sentido, cfr. A. MENEZES CORDEIRO. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000, p. 73.

9 Cfr. R. SERICK. *Forma e Realtà della Persona Giuridica*, Giuffrè, 1966.

10 Sobre el tema, cfr. N. BOBBIO. *Dalla Struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del Diritto*, Roma, Laterza, 2007.

11 En este sentido, cfr. R. REQUIÃO. "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", en *Revista dos Tribunais*, vol. 410, p. 10.

12 Cfr., por todos, J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, 1979, p. 103.

13 Cf. J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 607.

14 Cfr. F. KONDER COMPARATO. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 1983, p. 258.

En relación con el derecho positivo, se incluyó la teoría del levantamiento en el proyecto de Código Civil¹⁵, elaborado a partir de los años 70 del siglo xx. Sin embargo, esa iniciativa codificadora permaneció paralizada en el Congreso brasileño durante tres décadas hasta su promulgación en enero de 2002, cuando el tema del levantamiento de la personalidad jurídica pasó a ser regulado en la parte general del Código, en el artículo 50¹⁶.

En virtud del largo trámite del Proyecto de un nuevo Código Civil, la teoría del levantamiento ingresó en el ordenamiento positivo por la Ley de defensa al consumidor (Código del Consumidor), Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990, que reguló la materia en el artículo 28¹⁷. Posteriormente, otras disposiciones legales incorporaron también el mismo concepto, como en el caso de la Ley 8884 del 11 de junio de 1994, artículo 18¹⁸, que dispuso sobre la prevención a las infracciones contra el orden económico y la Ley 9605 del 12 de febrero de 1998, artículo 4.^º¹⁹, que reguló la responsabilidad por daños al medio ambiente.

15 Para una visión general, cfr. R. REQUIÃO. *Projeto de Código Civil – Apreciação Crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações)*, en RT 477/12, p. 19.

16 "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". La redacción original del Proyecto era diversa: "Artigo 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração". Acerca de esta redacción, cfr. R. REQUIÃO. *Projeto de Código Civil*, cit., RT 477/19.

17 "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

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".

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

De forma paralela a esta evolución legislativa se verificó la aplicación paulatina de la teoría del levantamiento de la personalidad jurídica en el área del Derecho del Trabajo, sector en donde el tema alcanzó una relevancia extraordinaria. No obstante que la Consolidación de las Leyes del Trabajo –CLT–, de 1942, no contemplaran un precepto específico sobre el tema, se pretendió extraer un soporte normativo de la figura a partir del artículo 2 § 2, de la citada CLT²⁰.

Sin embargo, y en esencia, con la entrada en vigor del Código Civil de 2002, y con la ya referida Ley de defensa del Consumidor, se conforma el marco legislativo para la aplicación de la teoría del levantamiento en el Derecho Privado brasileño.

Es necesario poner de relieve que el artículo 50 del Código Civil, por ser una norma general, es aplicable al Derecho del Trabajo. Como también es preciso decir que el Código Civil de 2002 unificó parcialmente el derecho privado al contemplar en la parte especial un libro sobre derecho empresarial, de modo de tener efectos también en este sector.

Resulta indispensable señalar que al mismo tiempo que se daba este cambio en el ámbito legislativo, la Constitución Federal de 1988 estableció un orden constitucional nuevo en el Derecho brasileño, fundado en la noción de Estado democrático de Derecho. Así pues, se adoptó un modelo jurídico-político que pretende promover y proteger los derechos fundamentales, como los derechos a la propiedad, a la igualdad, a la libertad, o, en lo que respecta al tema de que se trata, los principios relacionados con el orden económico, tales como la libertad de iniciativa, el valor social del trabajo y la justicia social, previstos en el artículo 170.

De este modo, la figura del levantamiento de la personalidad jurídica, en el derecho brasileño, debe ser examinada en el ámbito de esta interrelación, en la medida en que su aplicación debe considerar no solamente sus presupuestos, sino también los límites establecidos por el orden constitucional del país.

En este contexto, el presente trabajo pretende identificar, inicialmente, los criterios para la aplicación de la figura en el Código Civil de 2002, de cara a su calificación como norma general de la materia (ii); la visión diferenciada que ofrece el derecho especial, con énfasis en el Derecho del Consumidor y el Derecho del Trabajo (iii), y, en fin, los efectos materiales y procesales que surgen de la figura del levantamiento de la personalidad jurídica (iv).

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

II. TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL

A. La caracterización del abuso de la personalidad jurídica como presupuesto central de la teoría del levantamiento

La estructura de la figura del levantamiento de la personalidad jurídica se encuentra en el referido artículo 50 del Código Civil de 2002. Con base en este precepto, se faculta al juez a perseguir el patrimonio de los socios de la persona jurídica, con el fin de tutelar a los acreedores de ésta.

No obstante no estar regulado por el Código, el derecho brasileño conoce también el llamado levantamiento invertido, que compromete la responsabilidad de la sociedad por deudas del socio que transfiere sus bienes a la persona jurídica sobre la que detenta un control absoluto; así, se presenta un uso instrumental de la sociedad, por parte del socio, para escapar a sus obligaciones comerciales.

El examen del artículo 50 deja ver claramente que el levantamiento está centrado en el presupuesto general del abuso de la personalidad jurídica. En los términos de la solución legislativa, tal abuso se caracteriza, precisamente, por el desvío de la finalidad o por la confusión patrimonial.

Se trata de una solución común que no se aleja de la regla del derecho comparado. En efecto, tanto en el derecho europeo²¹ como en el derecho norteamericano²², el fundamento para la aplicación de la teoría del levantamiento reposa en el concepto de abuso.

21 Un primer ejemplo de comparación sería el derecho alemán, en el que el tema del levantamiento (*Durchgriffshaftung*) aparece como una excepción a la limitación de la responsabilidad patrimonial de la sociedad, específicamente de aquella limitada (*Gesellschaftsrecht mit beschränkter Haftung*). La regla general, prevista en el § 13, 2 de la GmbHG (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), dispone que la responsabilidad por deudas de la sociedad reside en el patrimonio de ésta ("Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen"). De tal forma que el ataque al patrimonio personal del socio (*Durchgriff*) exige una justificación especial ("Durchgriffshaftung lebt von der Vorstellung, dass die Beachtung des Trennungsprinzip die Regel, seine Missachtung in einem Einzelfall Ausnahme sei, die einer besonderen Begründung bedürfe"). En esencia, se hace referencia a la orientación que sostiene que el requisito reposa en el abuso institucional (*institutionelle Missbrauch*), en el desvío de la finalidad de la persona jurídica (*zweckwidrige Verwendung der juristischen Person*), incluso culposo. Se trata de una cláusula general, fundada en el principio de buena fe, cuya concreción corresponde al Juez, lo cual suscita críticas, por el riesgo de indeterminación. Cfr. F. KÜBLER. *Gesellschaftsrecht*, § 23, Müller Verlag.

22 En el derecho americano, el tema del levantamiento de la personalidad jurídica se trata bajo la denominación de "*piercing the corporate veil doctrine*". Bajo el mismo esquema de la doctrina continental, se trata de una teoría esbozada como excepción a la responsabilidad limitada, con el fin de proteger a los terceros que se vinculan jurídicamente con las sociedades. Es una fórmula general, cuya concreción constituye tarea judicial, la cual puede variar de Estado a Estado. No obstante esta circunstancia, los parámetros generales pueden relacionarse con situaciones de fraude comprobadas, un acto deshonesto o injusto, la violación de un estatuto o de un deber legal. En ese sentido, la creación de compañías subcapitalizadas, la confusión

Si se parte de la premisa de que la persona jurídica constituye un centro autónomo de intereses jurídicos²³, la consecuencia principal es la separación patrimonial. En este contexto, el abuso se caracteriza por la circunstancia de desvirtuar ese beneficio, por lo que se establece el desconocimiento de la personalidad jurídica como una técnica para superar esa disfunción²⁴. Este fenómeno recibe en el derecho brasileño la denominación de teoría mayor del levantamiento²⁵.

En la jurisprudencia brasileña, la orientación predominante en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, es la de establecer que el levantamiento de la personalidad jurídica se constituye como una excepción, pues solamente se podrá dar por establecida cuando se verifique el abuso del derecho. En este sentido es emblemática la decisión proferida en el RESP 6932235/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.º Grupo, j. 17.11.2009²⁶.

Con todo, se hace necesario precisar el presupuesto: el Tribunal Superior de Justicia considera como abusiva la conducta de la persona jurídica cuando ella clausura sus actividades sin cumplir las normas legales y sin dejar bienes susceptibles de ser embargados. Entre las infracciones que pueden ser ejemplificadas se puede señalar la situación en que la persona jurídica no se encuentre en la dirección que aparece en el contrato de sociedad que fue registrado en la junta comercial y no comunique dónde está operando: en este caso se podrá considerar como irregular-

de patrimonios por inobservancia de formalidades legales, se constituyen en ejemplo de este tipo de conducta. Cfr., por ejemplo, M. EISENBERG. *Corporations and other business organizations, Cases and Materials*, Foundations Press, 2000, p. 178.

23 En ese sentido, J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 613; F. KONDER COMPARATO. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 286.

24 En ese sentido, F. KONDER COMPARATO. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 286.

25 Cfr. F. ULIHOA COELHO. *As Teorias da Desconsideração*, in *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, Quartier Latin, 2005, p. 260.

26 *Falência. Arrecadação de bens particulares de sócios-diretores de empresa controlada pela falida. Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine). Teoria maior. Necessidade de fundamentação ancorada em fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Recurso provido.*

1. "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica –disregard doctrine–, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2.º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4.º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas".

2. "A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a 'teoria maior' acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração".

3. "No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por 'possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada', o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios. 4. Recurso especial conhecido e provido".

mente extinguida. Como sea, se debe tener presente que no bastan meros indicios o evidencias frágiles como certificados de oficiales de justicia, un establecimiento cerrado u otras circunstancias no seguras en cuanto hace al elemento subjetivo.

La orientación trazada por el Tribunal Superior de Justicia ha sido seguida por las demás cortes brasileñas. En la esfera federal los tribunales federales regionales parten del principio de que, por lo general, los bienes particulares de los socios no responden por las deudas societarias. La teoría del levantamiento de la personalidad jurídica, para estos tribunales, tiene, también, carácter excepcional y de ahí que se exija la demostración del fraude, del abuso del derecho en detrimento de los acreedores o la disolución irregular.

La misma posición es adoptada por la jurisprudencia de los Estados. Los tribunales de justicia estatales siguen los criterios legales para la aplicación de la técnica del levantamiento²⁷. Se establece, por ejemplo, que la circunstancia de no encontrarse bienes de la persona jurídica no se debe configurar, de manera automática, como una hipótesis de levantamiento²⁸. En algunos casos se acentúa la necesidad de proteger el debido proceso legal con el fin de garantizar al deudor la observancia de los requisitos formales de defensa²⁹.

En la hipótesis en que la sociedad, por ejemplo, está inactiva, el examen de las decisiones jurisprudenciales revela que la aplicación del levantamiento no es automática, y se analiza cada caso en particular a fin de valorar el hecho en concreto³⁰, pudiéndose llegar a considerar, en uno de esos casos, como no procedente cerrar formalmente la persona jurídica. Así, la eventual disparidad en la aplicación de la norma legal por parte de los diferentes tribunales estatales de la federación brasi-

27 Cfr., por ejemplo, la siguiente decisión del 1º TACivSP, j. 05.12.2001, en RT 799/274: "Sociedade comercial. Pretensão de que o patrimônio de sócio responda pelas dívidas da empresa. Admissibilidade somente se demonstrado de forma inequívoca que agiu com excesso de poderes, infração da lei ou do contrato social. *Disregard doctrine* que é exceção e não regra geral". Es el caso también de la decisión del Ag. Inst. n. 70005132485, de la 6ª C. Civ. del TJRGS, rel. Des. ANTONIO GUILHERME TANGER JARDIM, j. 20.11.2002: "Apenas a notícia de que a sociedade estaria desativada não justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bem particular do sócio, especialmente por se tratar de decisão interlocutória proferida sem prévio contraditório e por ter a executada oferecido bens à penhora, cuja avaliação não foi realizada para demonstrar eventual insuficiência".

28 Cfr. el Ag. Inst. n. 70004700621, 2ª Câmara Civil Especial del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, Rel. Des. MARIO ROCHA LOPES filho, j. 24.04.2003.

29 Cfr. decisión proferida en el Ag. Inst. n. 70008571408, de la 12ª C. Civil del TJRGS, rel. MARCELO CEZAR MULLER, j. 16.04.2004: "A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que exige o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou o abuso de direito em prejuízo de terceiros, requisitos este aliados à flagrante injustiça, devendo ser comprovados sob o amparo do devido processo legal".

30 Ejemplo de esa tendencia, la decisión proferida en el Ag. Inst. n. 70002583623, de la 13ª C. Civ. del TJRGS, Rel. Des. LAÍS ROGÉRIA ALVES BARBOSA, j. 20.02.2003: "Responsabilidade dos sócios. Cabimento. Possível na espécie que se aplique a *disregard doctrine*, posto que a empresa executada não mais atuando no ramo de suas atividades, ainda que não arquivado qualquer distrato na Junta Comercial, inexistindo bens livres e desembarçados em seu nome, havendo débito de valor considerável em sede da demanda executiva".

leña se deriva, en muchas ocasiones, de situaciones fácticas que son ponderadas por el magistrado³¹.

En los términos del artículo 50 del Código Civil, el abuso también puede caracterizarse por el desvío de la finalidad de la sociedad. Ese desvío de finalidad se caracteriza por el acto intencional de los socios de defraudar a terceros al desvirtuar el objeto de la persona jurídica.

No obstante el artículo 50 no haga mención explícita de la situación de fraude, y esta exclusión haya sido objeto de crítica por parte de la doctrina nacional³², lo cierto es que la formulación legal del Código Civil no excluye la posibilidad de que se dé paso al levantamiento también en este caso. Al final, el fraude se caracteriza por la conducta practicada por el deudor en el sentido de perjudicar a sus acreedores y, en ese sentido, se encuentra cobijado por el sentido amplio del concepto de abuso del derecho de la personalidad jurídica³³. La jurisprudencia, en general, ha adoptado esa posición³⁴ y, en algunos casos, considera como situaciones de fraude conductas como la emisión de cheques sin fondos³⁵, o el señalamiento de bienes inexistentes, incapaces de garantizar la eficacia del embargo.

- 31 Es el caso de la siguiente decisión, en el Ag. Inst. 70005132485, 6ª C. Civ. del TJRS, Rel. Des. ANTONIO GUILHERME TANGER JARDÍN, j. 20.11.2002: "Desconsideração da Personalidade Jurídica. Penhora de bem particular do sócio. Ausência de fundamento. Apenas a notícia de que a sociedade estaria desativada não justifica a desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bem particular do sócio, especialmente por se tratar de decisão interlocutória proferida sem prévio contraditório e por ter a executada oferecido bens à penhora, cuja avaliação não foi realizada para demonstrar eventual insuficiência".
- 32 En ese sentido, A. COUTO E SILVA. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito brasileiro*, LTR, 1999, p. 90.
- 33 En el mismo sentido, cfr. JOSÉ TADEU NEVES XAVIER. "A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil", *Revista de Direito Privado*, vol. 10, p. 69, 75.
- 34 Ejemplo de esta posición se encuentra en Ap. Civ. n. 70000534479, 6ª C. Civ. del TJRS, Rel. Des. ANTÔNIO CORREA PALMEIRO DA FONTOURA, j. 19.12.2001: "Estando a pessoa jurídica a encobrir interesses ilícitos de seu sócio, em prejuízo ao direito de crédito de terceiro, é de se aplicar a regra da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de assegurar que o bem do devedor, incorporado ao patrimônio da sociedade com o manifesto intuito de fraudar o credor, continue garantindo a execução através da penhora realizada". Cfr., también, la decisión proferida en Ap. Civ. 70000128686, por la 13ª C. Civ. del TJRS, j. 15.06.2001: "Embargos de terceiro. Fraude à execução. Alienação de bem no curso da execução. Desconsideração da pessoa jurídica. Sócia gerente que transfere automóvel para o próprio filho".
- 35 Cfr. la decisión del Ag. Inst. 70005412812, de la 12ª C. Civ. del TJRS, Rel. Des. PAULO ANTONIO KRETZMANN, j. 13.03.2003: "Penhora. Bens particulares dos sócios. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Emissão de cheque sem fundos. Desconsideração da personalidade jurídica. A emissão de cheque sem a suficiente provisão de fundos colere a figura da fraude, possibilitando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard of legal entity*). A sociedade não pode servir de anteparo à fraude e à prática de atos contrários à lei, em detrimento de terceiros". *Solidariedade do emitente do cheque pelo seu pagamento. Empresa que encerrou irregularmente suas atividades*".

B. El requisito de la confusión patrimonial

El artículo 50 hace igualmente mención de la confusión patrimonial como una situación caracterizadora del abuso de la personalidad jurídica. En relación con el abuso, sin embargo, se debe tener presente que la confusión patrimonial tiene contornos más rígidos.

Si se tiene en cuenta que la persona jurídica se constituye como sujeto de derecho, o, como se dijo atrás, centro autónomo de intereses jurídicos, se impone establecer la separación entre su patrimonio y el de las personas que la integran, o aun, de los bienes de las diversas personas jurídicas³⁶. En los casos en que esa distinción no se mantenga, se puede presumir que la persona jurídica no se ha constituido como un centro autónomo cuyos intereses deban ser preservados³⁷. Esta presunción, sin embargo, puede no ser absoluta, siendo una carga de la persona jurídica explicar las razones de esa circunstancia.

En la doctrina existe gran preocupación frente al problema de la subcapitalización societaria, situación en la que la persona jurídica no posee el capital social suficiente para satisfacer sus objetivos sociales³⁸. En relación con este tópico, se hace necesario diferenciar las hipótesis de subcapitalización: de un lado, habrá casos en que ella es manifiesta, por fuerza de la evidente insuficiencia de fondos para adelantar el objeto social pretendido (subcapitalización calificada); de otro, la subcapitalización no podrá presumirse si la persona jurídica cuenta con un patrimonio razonable (subcapitalización simple)³⁹.

Se trata de un evento no previsto expresamente por el Código Civil de 2002⁴⁰, razón por la que se indaga si éste sería o no un caso de levantamiento de la persona jurídica en el derecho brasileño. El hecho de que el artículo 50 no haya previsto de manera expresa esta circunstancia no es razón para excluir esta hipótesis de las situaciones que configuran el levantamiento de la personalidad jurídica. En este caso es posible, a partir de la noción de abuso, encuadrar sin mayores dificultades la subcapitalización calificada como una situación societaria que puede dar paso al levantamiento de la personalidad⁴¹. Lo mismo puede no suceder en caso de subca-

36 En la doctrina, la existencia de ese requisito, aun en casos de control de la sociedad por socio mayoritario, se tiene como señal de preservación de la finalidad de la persona jurídica. Cfr. J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 613.

37 Esta hipótesis se constituye en situación típica de levantamiento de la personalidad jurídica también en el derecho portugués. Cfr. A. MENEZES CORDEIRO. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000, p. 116.

38 Cfr. J. LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 612; C. SALOMÃO FILHO. *A Sociedade Unipessoal*, ed. Malheiros, 1993, p. 132; J. TADEU NEVES XAVIER. *A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil*. Ob. cit., p. 81; A. MENEZES CORDEIRO. Ob. cit., p. 118.

39 En ese sentido, C. SALOMÃO FILHO. *A Sociedade Unipessoal*, cit., p. 132.

40 Para una crítica sobre esta omisión, cfr. J. TADEU NEVES XAVIER. Ob. cit., p. 81.

41 Ejemplo de ese caso lo constituye la decisión proferida en el Ag. Inst. n. 70005040928, de la 16ª C. Civ del TJRS, rel. Des. HELENA RUPPENTHAL CUNHA, j. 04.12.2002: "Aplica-se a teo-

pitalización simple. Frente a la inexistencia de una regla legal para exigir un capital mínimo para las sociedades, resulta, quizá, draconiano configurar el levantamiento en este tipo de hipótesis⁴².

III. EL LEVANTAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

A. La regulación del levantamiento de la personalidad jurídica en la legislación de defensa del consumidor

La referida Ley 8078 de 1990, Código de Defensa del Consumidor, artículo 28, fue la primera legislación de derecho privado en consagrar de manera expresa la problemática del levantamiento de la personalidad jurídica.

Un primer análisis de esta disposición del Código, podría llevar a la conclusión de que el legislador tuvo como parámetro limitar la posibilidad a los integrantes de la persona jurídica de desvirtuar ésta. La formulación de la parte inicial de la norma incorpora diferentes casos relacionados con esta cuestión:

... el juez podrá desconocer la personalidad jurídica de la sociedad cuando, en detrimento del consumidor, hubiera abuso del derecho, exceso de poder, infracción a la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o del contrato social. Ese desconocimiento también se hará efectivo cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de las personas jurídicas provocado por mala administración.

La lectura de esta parte del artículo 28 permite concluir que el legislador introdujo diversos tipos de circunstancias relacionados con el incumplimiento al acreedor de una persona jurídica. Se podría intentar reunirlos en esferas distintas⁴³: de un lado, situaciones que surgen del hecho de desvirtuar la persona jurídica, representados por el abuso del derecho, exceso de poder y mala administración que acarree su quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad; de otro, el incumplimiento de deberes objetivos de la persona jurídica, como el caso de la infracción a la ley o la violación del contrato social.

Aunque, en realidad, la disposición neurálgica del Código del Consumidor en cuanto hace a la materia de que se trata, se encuentra en el § 5 del artículo 28, cuyo tenor literal se transcribe nuevamente: "También se podrá desconocer la persona

ria da 'disregard doctrine' quando a devedora, empresa familiar, não tem qualquer patrimônio, ao contrário do seu sócio, esposo da única sócia".

42 En ese sentido, C. SALOMÃO FILHO, *A Sociedade Unipessoal*, cit., p. 132.

43 En este sentido, cfr. C. GLOGER, "A Responsabilidade Civil dos Sócios de uma Sociedade Limitada em Relações de Consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, pp. 77, 88.

jurídica siempre que su personalidad, de cualquier forma, sea obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a los consumidores”.

Además, se podría hacer la crítica en el sentido de que la formulación de la Ley de defensa del consumidor es excesivamente amplia, al cobijar diferentes grupos de casos⁴⁴; pero, como sea, el hecho es que su concepción fundamental parte de un presupuesto único: reunir, efectivamente, el mayor número posible de circunstancias aptas para causar perjuicio al consumidor.

La forma en que esa disposición legal establece la solución para el levantamiento de la personalidad jurídica demuestra que el objetivo del legislador fue el de propiciar, a favor de los consumidores, una modalidad de tutela específica en relación con la posibilidad de incumplimiento por parte de la persona jurídica proveedora de productos y servicios.

Desde 2002, cuando se tuvo la posibilidad de confrontar el texto del artículo 28 con el ya citado artículo 50 del Código Civil, se percibe que la Ley de defensa del consumidor cobija un abanico de situaciones mucho más amplias en las que predomina un enfoque objetivo.

La disposición del artículo 28 permite al juez la aplicación del levantamiento de la personalidad jurídica en situaciones claramente perjudiciales al consumidor: es el caso de empresas diferentes pertenecientes a un mismo grupo económico que, teniendo la misma dirección, no son posibles de ubicar⁴⁵.

Sobresale, en este contexto, el referido § 5 del artículo 28, cuya solución, por su amplitud, viene siendo objeto de debates. De un lado, ha sido blanco de fuertes críticas⁴⁶: no se acepta que se pueda configurar el desconocimiento de la persona jurídica por el simple hecho de que su personalidad autónoma constituya, de alguna forma, un obstáculo al resarcimiento de los perjuicios de los consumidores⁴⁷. De otro lado, es objeto de alabanza, bajo el argumento de constituirse en la disposición central de la teoría del levantamiento de la personalidad jurídica en el derecho brasileño⁴⁸, como también por el hecho de poner de presente la clara preocupación del legislador de proteger al consumidor⁴⁹.

44 Cfr., por ejemplo, G. DA SILVA ALBERTON. "A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais, *Revista Ajuris*, vol. 54, 1992, pp. 147, 168.

45 Cfr., por ejemplo, la siguiente decisión: Ap. Civ. 70006182869, de la 1.ª C. Civ., del TJRS, rel. Des. BRENO PEREIRA DE VASCONCELLOS: "Ação rescisória de contratos, cumulada com repetição de valores. *Time Sharing*. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Successivas alterações de contratos sociais, a dificultar a defesa dos interesses do consumidor. Artigo 28 do CDC. Pessoas jurídicas com mesmo domicílio. Teorias da aparência e desconconsideração da personalidade jurídica".

46 Cfr. J. BAPTISTA VILELLA. *Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, en *Repertório IOB, jurisprudência*, 11/1991; G. DA SILVA ALBERTON. *Ob. cit.*, p. 168; C. GLOGER. *Ob. cit.*, p. 104.

47 Cfr., por ejemplo, G. DA SILVA ALBERTON. *Ob. cit.*, p. 168.

48 En ese sentido, cfr. G. TEPEDINO, H. H. BARBOSA y M. C. BODIN DE MORAES. *Código Civil interpretado*, vol. 1, Renovar, 2004, p. 127.

49 C. LIMA MARQUES. "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", *Revista dos Tribunais*, 4.ª ed., 2002, p. 1062.

En esencia, es ésta la llamada teoría menor del levantamiento, pues parte de premisas distintas de la teoría mayor prevista en el Código Civil: para la puesta en práctica del levantamiento basta la prueba de la insolvencia de la persona para atender el pago de sus obligaciones, independientemente de la desviación de la finalidad o de la confusión patrimonial⁵⁰.

Se trata, pues, de una norma imbuida en el objetivo de salvaguardar la tutela de la confianza en el ordenamiento jurídico brasileño⁵¹. Desde el punto de vista clásico, la preocupación por el respeto de la confianza se analiza en el ámbito de los negocios jurídicos toda vez que esta noción deriva de una manifestación de voluntad. Por lo tanto, correspondería al emitente responder por la desilusión de la expectativa generada en el destinatario de la declaración⁵².

Desde un punto de vista simple, la tutela de la confianza se vincula así con la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica en el tráfico de los negocios, en circunstancias en las que una situación jurídica aparente se entiende establecida por el orden jurídico, con el fin de proteger una expectativa nacida en una de las partes respecto de la otra⁵³.

En este sentido, se ha puesto de relieve que la tutela de la confianza tiene también funciones generales que irradian todo el ordenamiento jurídico⁵⁴; además de encontrar fundamentación en una necesidad ética que puede ser extraída del principio de buena fe⁵⁵.

En este contexto, la disposición de la legislación protectora del consumidor que determina la superación de la personalidad jurídica en las hipótesis en que el consumidor no obtiene el resarcimiento, tiene un fundamento teórico-jurídico que se vincula a uno de los principios generales del derecho privado.

Dicho lo anterior, es necesario tener presente que, desde el punto de vista constitucional, procede la reglamentación adoptada por el Código de defensa del Consumidor, si se tiene en cuenta que la tutela del consumidor se constituye en principio de orden económico, insertado de manera expresa en el referido artículo 170, V, de la Constitución Federal.

Es cierto que esa solución se puede ver como una clara ruptura respecto de la teoría tradicional de la persona jurídica e igualmente respecto de las primeras elaboraciones de la teoría del levantamiento, lo que acarrearía una situación de

50 Cfr. F. ULHOA COELHO. *As Teorias da Desconsideração*, cit., p. 266.

51 Sobre la teoría de la confianza en general, cfr., a título de ejemplo, C. W. CANARIS. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munique, BECK, 1971, p. 9 y ss.; en derecho brasileño, C. LIMA MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit, p. 978.

52 Cfr., por ejemplo, LARENZ y WOLFF. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 549, Munique, Beck, 8.ª ed.; D. SCHWAB. *Einführung in das Zivilrecht*, 15.ª ed., C. F. MÜLLER (ed.), 2002, p. 225.

53 Cfr. C. W. CANARIS. Ob. cit., p. 1

54 Cfr. *ibíd.*, p. 3.

55 Cfr. *ibíd.*, p. 266.

inseguridad jurídica en el tráfico negocial⁵⁶. Además, lleva en sí el peligro de un cierto activismo judicial, en la medida en que la teoría del levantamiento de la personalidad jurídica pudiera ser utilizada en presencia de un incumplimiento simplemente eventual.

Esos riesgos no pueden ser dejados de lado sin ninguna consideración, y con mayor razón si se tiene presente que la seguridad jurídica es también un principio constitucional (inc. 1 art. 5.^o). Por esto es necesario ponderar que el interés prevaleciente, en este caso, es el de la protección del contratante débil, personificado con el *nomen juris* de consumidor, identificado como aquél que detenta unas condiciones de información menores respecto de la persona jurídica con la que contrató. Así, la fórmula general del artículo 28 es un instrumento de reequilibrio contractual entre las partes que integran la relación jurídica, relación en la que una de ellas está, se presume, en una posición de desigualdad frente a la otra y en la que se procura evitar que las simples *forma iuris* de la personificación puedan acarrear a esa parte, que se presume la más frágil, un desequilibrio todavía mayor, representado por la imposibilidad de obtener el resarcimiento de sus eventuales daños. En síntesis, se salvaguarda la expectativa de la confianza de la parte débil (consumidor) y se responde a un mandato constitucional (art. 170, v, de la Constitución Federal), que consagra la defensa del consumidor como un principio de orden económico.

En la jurisprudencia brasileña, esta posición se encuentra reconocida; resulta emblemática, a propósito, la decisión proferida por el 3.^{er} Grupo del Tribunal Superior de Justicia, RESP 279.273/SP⁵⁷.

56 Cfr. C. GLOGES. Ob. cit., p. 105.

57 "Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5.

– Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

– A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

– A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

– Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

En conclusión, muy a pesar de que la formulación adoptada por la Ley de defensa del consumidor pueda parecer una ruptura respecto de la teoría general del levantamiento, ella, en verdad, puede ser armonizada con los principios generales del Derecho Civil y de orden constitucional. En ese contexto su inserción en el ordenamiento de derecho privado brasileño se justifica plenamente, aún más si se tiene presente el hecho de que la protección del consumidor corresponde a un anhelo de alcanzar la justicia material.

B. El levantamiento de la personalidad jurídica en el derecho del trabajo

Tal como se dijo en la parte inicial de este trabajo, no existen disposiciones específicas al respecto en la Consolidación de las Leyes del Trabajo, elaborada en 1942, de modo que al lado del artículo 2.º, § 2, la Justicia del Trabajo se basa en las normas del *derecho común*, como el artículo 50 del Código Civil, y en los demás ordenamientos legales, en especial la Ley de defensa del Consumidor (art. 28), además de preceptos del ordenamiento fiscal tributario, como los artículos 134, VII y 135, III, del CTN.

En el derecho del trabajo, con todo, es forzoso establecer, desde luego, que la teoría del levantamiento tiene una utilización frecuente, con el fin de que se comprendan los bienes de los socios para el pago de las condenas judiciales que surjan de la relación de trabajo, bajo el amparo doctrinario de la referida teoría menor, en la que basta la inexistencia de bienes patrimoniales de la empresa, entonces condenada, para que se justifique el levantamiento de su personalidad jurídica.

Frente a las ya mencionadas reglas facilitadoras para la aplicación del levantamiento en el Código de defensa del Consumidor, también la Justicia del Trabajo busca amparar al empleado. De esta manera, en su gran mayoría, los magistrados entienden como más "justa" la aplicación de la teoría del levantamiento en la relación de trabajo que en la de consumo, teniendo en cuenta que la naturaleza del crédito de trabajo, en general es salario, que tiene un carácter alimentario⁵⁸.

Se suma, además, la consideración de que los riesgos de la actividad empresarial no pueden estar a cargo del empleado, sino del empresario, que, obteniendo un

– A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5 do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

– Recursos especiais não conhecidos".

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

lucro, se beneficia de la fuerza de trabajo y del beneficio económico que se desprende de esa actividad. En una relación entre empleado (dependiente) y empleador (detentador del poder económico), no bastaría una contraprestación pecuniaria a cambio de la mano de obra, pues la responsabilidad sobre el negocio recae exclusivamente sobre el empresario.

En verdad, en la gran mayoría de las decisiones de la Justicia del Trabajo, autónoma en el derecho brasileño, no son observados los requisitos impuestos por el Código Civil (art. 50), como el abuso del derecho y la confusión patrimonial. Basta la mera inexistencia de bienes de la empresa, sumada a la falta de condiciones financieras para cumplir el contrato de trabajo, para que se configure una *mala administración*⁵⁹, o incluso, la *disolución irregular*⁶⁰, con el consecuente levantamiento de la personalidad jurídica.

Con todo, se entiende que solamente se aplica el levantamiento cuando se demuestra, en los autos del proceso de trabajo, el agotamiento financiero y la imposibilidad de perseguir bienes de la empresa, que no es otra cosa que la demostración de que la misma está en estado de insolvencia; o aun, por el simple hecho de no tener la empresa idoneidad financiera⁶¹.

Se verifica, por lo tanto, que en el ámbito de la Justicia del Trabajo la simple inexistencia de bienes por parte de la persona jurídica es el requisito esencial, y único, para perseguir el patrimonio de los socios⁶². Se entiende que si el socio posee bienes, y la sociedad no, aun cuando la empresa haya tenido una disolución regular, con efectiva división de los lucros y dividendos y sin ninguna otra deuda de cualquier naturaleza, será el socio responsable, con su patrimonio personal, por las deudas de trabajo pendientes. Se debe resaltar que solamente es necesaria la prueba de que la empresa no tiene bienes suficientes para garantizar el valor ejecutado, para que automáticamente la acción se dirija contra los socios; esto caracterizaría, según la mayoría de los jueces laborales, la aplicación del artículo 50 del Código Civil.

El levantamiento de la personalidad jurídica se extiende, también, a los casos de grupos empresariales, en los que las empresas son solidariamente responsables, o a los casos de responsabilidad subsidiaria (tercerización). En el primer caso, las empresas consideradas grupo económico responden conjunta y simultáneamente

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

60 TRT 3 - AP. 4687/00 (BH).

61 TRT 3AP 00809-1999-087-03-00-1 (BH), TRT 4.º - AP- 00074-2000-021-04-00-3.

62 "A mera constatação de insolvência da empresa durante a execução é suficiente para permitir o pronto afastamento da personalidade jurídica e a conseqüente apreensão de bens particulares do sócio, dado que em hipótese alguma os trabalhadores respondem pelos riscos da atividade empresarial (CLT, art. 2.º, caput)" (TRT/SP - 01548200706702009 - AP - Ac. 6ªT 20081030902 - Rel. Salvador Franco de Lima Laurino - DOE 28/11/20).

por el cumplimiento del crédito ejecutado, y como consecuencia, la ejecución podrá recaer sobre sus socios. En el segundo caso, en el entendido que, de manera ordenada, se agota la búsqueda de los bienes de las empresas beneficiadas con el trabajo del reclamante, para después sí perseguir, en ejecución, a los socios de las empresas ejecutadas, respetando la secuencia de empleador y tomador del servicio. Así, se inicia la búsqueda del cumplimiento de la obligación por parte de la empresa empleadora y, luego de todos los intentos de embargo, y comprobada la inexistencia de bienes en la primera empresa (empleadora), se tendrá la posibilidad de perseguir los bienes de las demás personas jurídicas comprometidas. Si aun así no resulta fructífera la ejecución, entonces la acción pasará contra los socios de la empresa empleadora, y luego, de ser necesario (para el cumplimiento total o para completar lo faltante), la ejecución recaerá sobre los socios de la empresa tomadora del servicio.

IV. EFECTOS MATERIALES Y PROCESALES QUE SURGEN DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO

A. Efectos materiales de la teoría del levantamiento

En relación con los efectos de la teoría del levantamiento, el artículo 50 dispone que se podrán extender los efectos de determinadas relaciones obligatorias a los bienes particulares de los administradores o socios de la persona jurídica. Frente a esta formulación, se debe entender que la teoría del levantamiento debe buscar, en principio, solamente a los socios activos, sin afectar los bienes de quienes no figuran ya como socios de la persona jurídica⁶³.

En esta misma línea, se debe tratar de limitar el levantamiento a los bienes del socio que pueda ser responsabilizado por la eventual conducta abusiva de la personalidad jurídica⁶⁴. Si, por ejemplo, la deuda corresponde al período inmediatamente anterior a la fecha en que el socio con participación asumió la función de gerencia en la sociedad ejecutada, no se podrá extender a él la carga del levantamiento.

Es necesario indagar, además, si el desconocimiento de la personalidad jurídica se aplica de forma solidaria. Si se tiene presente que el artículo 50 no estableció de forma expresa esta consecuencia, se podría considerar que no hay solidaridad pues se tiene la noción general (art. 265) de que la solidaridad no se presume.

63 A este respecto, ver la orientación jurisprudencial referida por A. COUTO E SILVA. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*, cit., p. 154.

64 MENEZES DIREITO refiere la decisión proferida en el Ag. Reg en EREsp 86.502-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3^{er} Foro, en la que se descartó el levantamiento de la personalidad jurídica de la sociedad para no perjudicar al socio, avalista, que no podía ser responsabilizado por litigar de mala fe, en relación con el comportamiento exclusivo de la sociedad avalada. Cfr. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica*, en Aspectos Controvertidos do novo Código Civil, Ed. RT, 2003, pp. 87, 95.

Sin embargo, hay que recordar que la redacción dada al artículo 50 por el codificador tiene una cierta fluidez terminológica, como se percibe del empleo de la expresión, extensión de los "efectos de ciertas y determinadas relaciones jurídicas" a los bienes particulares de los socios o administradores de la persona jurídica. Se intuye que el legislador pretendió expresar la idea de que el acto judicial provocará sólo la suspensión de la eficacia de la personalidad del ente abstracto, sin que eso acarree la disolución de la personalidad jurídica. Con todo, se podría alcanzar el mismo propósito recurriendo al término ya consagrado del levantamiento de la personalidad jurídica.

Dentro de la justicia del trabajo, como se vio, se omiten los presupuestos generales: la simple comprobación de la inexistencia de bienes de la sociedad conduce al levantamiento, teniendo en cuenta la naturaleza del crédito que se origina. Bajo esta óptica, las posibilidades de llegar hasta la persona del socio son innumerables, pudiendo incluso ser aplicadas a los ex-socios⁶⁵, a los socios por cuotas⁶⁶, a las sociedades de capital abierto⁶⁷ (cuando se viola la postura de socio), a los socios

65 "Responsabilidade do sócio retirante. Princípios da função social do contrato, da boa-fé e da desconsideração da personalidade jurídica. O ex-sócio que se beneficiou dos lucros advindos da força de trabalho do operário dependida enquanto o primeiro integrava a sociedade que o empregava, responde subsidiariamente pela dívida social contraída pela empresa com o ex-empregado, quando não encontrados bens suficientes para arcar com o débitos trabalhista, por força dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da desconsideração da personalidade". *Agravo de petição* n.º 00146-2004-016-05-00-5-AP, TRT 5.ª Região.

66 "Sócio cotista. Responsabilidade. Desconsideração da personalidade jurídica. Não possuindo a empresa bens suficientes para suportar a execução forçada, devem os sócios - verdadeiros beneficiários do trabalho dos empregados - responder com seus patrimônios particulares pelas dívidas trabalhistas da sociedade. Aplicável o princípio da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do Código Civil, o qual permite sejam os bens dos sócios alcançados para o pagamento de créditos trabalhistas, respondendo estes, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, e de insuficiência do capital social para o exercício de sua atividade empresarial. No direito do trabalho, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a regra da responsabilidade limitada dos sócios é afastada, a fim de possibilitar ao empregado a satisfação total do seu crédito". *Agravo não provido*. 1.º Foro (processo 00778-1997-121-04-00-8 AP), Rel. Exma. Juíza MARIA HELENA MALLMANN.

67 "Desconsideração da personalidade jurídica. Sociedade anônima. Direcionamento da execução aos administradores. Aplicável na execução trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o gestor de sociedade anônima, acionista ou não, ocupante de cargo relevante na empresa. A medida encontra respaldo, entre outros diplomas, no art. 158 da Lei 6.404/76, e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/12/90), que em seu art. 28 não distingue entre os regimes jurídicos das Sociedades Anônimas e das Sociedades de Responsabilidade Limitada. Possível assim, na falta de bens da sociedade, proceder-se ao soerguimento do véu corporativo da executada para que siga a cobrança na pessoa de seus gestores. mormente in casu, ante as evidências de que o administrador (Diretor-Presidente) teria se apropriado, fraudulentamente, de importes monetários da empresa. Se o CDC garante a desconsideração da personalidade jurídica com vistas à defesa do consumidor, com muito mais razão há de agasalhar a pretensão do agravante, que intenta a cobrança de crédito de natureza alimentar. Configuraria inversão dos valores fundamentais tutelados pela Constituição Federal (art. 1.º, III e IV) que simples consumidor fosse destinatário de ampla proteção, podendo perseguir o patrimônio dos administradores (art. 28 do CDC), e igual garantia não se

gerentes o no gerentes, administradores o no⁶⁸, mayoritarios y minoritarios⁶⁹, bajo el siguiente presupuesto de que el socio comprometido se haya beneficiado, aun indirectamente, de la mano de obra del reclamante, del lucro de la empresa y de su aparato productivo.

Se entiende que con el levantamiento serían perseguidos los bienes de los socios gerentes, e igual, de cualquier otro que haya obtenido un incremento patrimonial con la usurpación del pago al empleado. El socio podrá ser eximido sólo si no se comprueba su participación en la sociedad para la época el contrato⁷⁰, pudiendo ser responsabilizado aun si no ejerce algún cargo de administración⁷¹, observados los casos de prescripción⁷², conforme al artículo 1032 del Código Civil. No se cuestiona siquiera si la conducta del socio contribuyó al incumplimiento, como la mala administración de la sociedad o cualquier actitud de fraude que haya tenido dentro de la empresa. El dolo, la culpa y los requisitos enunciados en el artículo 50 del Código Civil, como el abuso de la personalidad, el desvío de la finalidad o la confusión patrimonial, son elementos completamente irrelevantes para la aplicación de la *disregard doctrine* en el ámbito de la Justicia del Trabajo.

ofertasse a quem efetivamente produziu os bens e serviços com sua força de trabalho. Também o Código Tributário Nacional, acolhe a *disregard doctrine*, assegurando a responsabilidade de gestores sem fazer distinção entre o regime jurídico das sociedades anônimas e das sociedades de responsabilidade limitada (art. 135). Oportuna e indispensável a incidência no processo trabalhista, da desconsideração da personalidade jurídica com vistas à garantia de efetividade das decisões judiciais, valendo lembrar que também o artigo 50 do Código Civil em vigor, dispõe sobre a responsabilidade dos administradores, com seus bens particulares, em caso de abuso da personalidade jurídica". Agravo provido (Acórdão n.º: 20090140391, proceso TRT/SP n.º 02639199504602006).

68 "Desconsideração da personalidade jurídica. Alcance de todos os sócios e não só o sócio administrador. A teoria da autonomia patrimonial existente entre a pessoa jurídica e a pessoa física de seus sócios não pode respaldar ou incentivar fraudes perpetradas com propósito de eximir das obrigações contraídas pelas sociedades esvaziadas de patrimônio, mas com sócios todos eles, e não só o administrador, muitas das vezes, enriquecidos". Acórdão n.º 22801/09 2^{do} Foro, Agravo de petição n.º 01166-1992-133-05-00-2-AP-A, TRT 5ª Região.

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

70 TRT 30559491-12112009, TRT 4ª, Região e TRT, 4ª Região, 31761656012112009.

71 TRT 3ª Região, 01573-2001-103-03-00-0-AP.

72 La prescripción laboral, regulada por el artículo 7.º, inciso XXVII, de la Constitución Federal, y por el artículo 11, de la CLT, hace inviables los créditos nacidos en el período de los cinco años anteriores a la terminación de la relación de trabajo, si se han dejado transcurrir dos años contados a partir de dicha terminación, que es el término previsto para el ejercicio de la reclamación.

Con todo, hay situaciones en las cuales se observan decisiones más minuciosas: en los casos de inexistencia de bienes en sociedades de capital abierto y sociedades sin ánimo de lucro, frente a las particularidades especiales de estas instituciones, no resulta directa la aplicación de la teoría del levantamiento de la personalidad. En estos casos especiales se analizan con más cuidado los elementos y requisitos del artículo 50 del Código Civil, siendo necesario para el ejecutante comprobar el abuso de la personalidad jurídica, el desvío de la finalidad o la confusión patrimonial. Comprobado el desvío de finalidad de la empresa de capital abierto o verificado el desvío de la finalidad en la persona jurídica sin ánimo de lucro, se incurre en el evento del otro requisito señalado: si hay beneficio económico del empresario, tendrá que asumir los riesgos de su actividad.

Cabe resaltar que, en cuanto a las personas jurídicas sin ánimo de lucro⁷³, aun delante de la premisa de que no hay beneficio económico del socio, y habiéndose comprobado el mal uso de la entidad y de sus preceptos, el juzgador aplicará el levantamiento de la personalidad, abstrayendo así, los preceptos de derecho empresarial que, en principio, protegerían al socio dentro de su individualidad patrimonial. Sin embargo, no habiendo prueba de que tal persona jurídica no responde a su finalidad, a su función social de no lucro, difícilmente procederá el levantamiento.

B. Cuestiones procesales que surgen del levantamiento de la personalidad jurídica

Frente a los efectos del levantamiento de la personalidad jurídica ha sido intensamente debatido en el derecho brasileño la cuestión relativa a la necesidad de la observancia de los principios procesales del debido proceso legal, del contradictorio y del derecho de defensa⁷⁴, previstos en el artículo 5.º de la Constitución Federal de 1988, en el capítulo de los Derechos Fundamentales⁷⁵.

73 "Responsabilidade subsidiária. Execução. Esgotamento dos meios executórios ao obrigado principal. Verbetes n.º 37/2008 do Eg. Tribunal Pleno. O título executivo não pode ser apresentado ao obrigado subsidiário antes de esgotados todos os meios executórios voltados à expropriação do patrimônio do obrigado principal, inclusive com a adoção do instituto da desconsideração da pessoa jurídica. É que a insolvência da pessoa jurídica faz incidir as normas legais, art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que permitem o desfazimento do véu societário, pois presumido o mal uso da sociedade por seus membros. Entendimento que se espalha às sociedades civis sem fins lucrativos, como o ICS, quando evidente o mal uso da entidade por seus administradores com burla a preceitos de ordem pública, judicialmente reconhecidos. Observância ao Verbete n.º 37/2008. 2. Agravo de petição conhecido e provido". 00588-2007-004-10-00-7 AP, 28 de janeiro de 2009, TRT 10ª Região.

74 Sobre el tema, cfr., por ejemplo, F. DIDIER Jr. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica", en *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*, cit., p. 386; G. S. ALBERTON. "A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, p. 25.

75 "Artigo 5.º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Artigo 5.º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados

En la medida en que el levantamiento de la personalidad jurídica, en especial de las sociedades limitadas, implica la posibilidad de que el acreedor de la persona jurídica persiga los bienes de los socios, se pregunta, por ejemplo, si hay necesidad de un procedimiento procesal específico o si bastará al acreedor provocar esta cuestión dentro del ámbito de la acción ejecutiva ya existente contra la persona jurídica.

No obstante algunas opiniones en el sentido de la necesidad de que haya una acción propia por parte del acreedor para obtener el beneficio del levantamiento, la jurisprudencia brasileña considera que no es necesaria tal práctica⁷⁶. Es suficiente al acreedor formular un incidente ante el juez, dentro del ámbito de la acción ya propuesta contra la persona jurídica, para tratar de perseguir los bienes de los socios.

Además, en virtud de los efectos del levantamiento de la personalidad jurídica, se pretende que ella obedezca a las garantías constitucionales del debido proceso legal, del contradictorio y del derecho de defensa.

También se pregunta, por ejemplo, si el juez podrá determinar de oficio, sin la iniciativa del acreedor de la persona jurídica, el embargo sobre los bienes de los socios, cuando no se ha encontrado patrimonio suficiente de la persona jurídica para la satisfacción del crédito.

Este procedimiento judicial ha venido siendo adoptado por los Jueces del Trabajo, que tienen una gran preocupación por la defensa del trabajador, parte débil de la relación jurídica, no obstante la crítica que se les hace frente a la inmediata abolición del principio general de la autonomía patrimonial de la persona jurídica.

Sin embargo, y en general, en ámbito civil no se encuentra este procedimiento, siendo lo más común que los jueces esperen la manifestación del acreedor para decidir sobre la procedencia de la petición de levantamiento. Lo mismo sucede en el ámbito del derecho del consumidor, no obstante la percepción de que en ese campo también se trataría de un contratante débil. Además, se hace la exigencia de que se demuestre por el acreedor el agotamiento de todos los medios para hacer efectivo el embargo.

Otro debate procesal vinculado a la aplicación del levantamiento se refiere a la necesidad de que, previamente, sea oído el socio, esto es, antes de ser cobijado por la medida del levantamiento⁷⁷.

Se trata de una discusión intensa en el derecho brasileño, en el que es frecuente el uso de las denominadas tutelas de urgencia, en las que el juez atiende, liminarmente, y sin oír a la otra parte, los pedidos del actor. En este contexto, surge la discusión de si, frente al carácter excepcional de la providencia que decreta el levantamiento,

em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

76 En este sentido, cfr. la orientación del Tribunal Superior de Justicia, en el Recurso Especial 6932235/MT, referido anteriormente en la nota n. 26.

77 Cfr. F. DIDIER. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 398.

no se hace necesaria una solución que salvaguarde los derechos del socio, para permitir que sea oído antes de ser cobijado con un embargo de sus bienes. Con todo, esta solución no se ha impuesto, con el fundamento, práctico, de que se presentaría un riesgo de hacer nugatorios los beneficios de la figura levantamiento.

Otra cuestión que debe ser señalada se refiere a la posibilidad de alegar el levantamiento al momento de interponer el recurso. Esta posibilidad ha sido rechazada bajo el correcto fundamento de la violación del principio del contradictorio y del debido proceso legal.

En el ámbito del trabajo que, como se ha visto, tiene su dinámica propia, las discusiones procesales presentan un contorno intenso: como se ilustró, son frecuentes las situaciones en que personas ya desvinculadas de los cuadros sociales ven sus bienes comprometidos en el proceso de ejecución. Frente a este procedimiento común se plantea la obligatoriedad de la citación anticipada de los socios en el proceso de ejecución o la citación del socio mismo en el proceso de conocimiento.

La corriente jurisprudencial mayoritaria es partidaria de la posibilidad de una intimación del socio después del embargo, siendo que la falta de citación no viciaría el acto jurídico, pudiendo el mismo ser subsanado en cualquier tiempo. Se dice que una eventual intimación previa del socio cobijado con el levantamiento haría inútil la figura del embargo *on-line*, para el cual el juez oficia directamente al Banco central de Brasil sobre la necesidad de bloquear los valores de la cuenta corriente del deudor, y de otros métodos de persecución de bienes, pues, alertado el ejecutado podría no hacer viable el crédito. Por estas razones la jurisprudencia ha consolidado la posición de que no se hace necesaria la citación del socio antes del embargo, como tampoco una citación especial para el caso del deferimiento del levantamiento en la persona del socio dentro del proceso de ejecución⁷⁸, aunque haya casos en

78 "Ausência de citação no processo de conhecimento. Inclusão dos sócios na lide na fase de execução. Nulidade. Não-caracterização. O procedimento levado a efeito relativamente à inclusão dos sócios empresariais na lide, na fase de execução, mediante utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como também a ciência dos atos processuais subsequentes, deram-se em observância às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Despicienda, pois, sob a ótica processual, sua citação no processo de conhecimento, porquanto passaram a integrar a lide na fase satisfativa. *Agravo de petição. Penhora. Bens de ex-sócio. Teoria da desconstituição da personalidade jurídica possibilidade em face do exaurimento das vias de execução sobre bens da empresa.* Verificada, na fase de execução, a insuficiência do patrimônio da empresa para a satisfação do crédito trabalhista, é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica a fim de possibilitar que bens de terceiro sejam atingidos com o intuito de efetivar o pagamento dos valores devidos ao empregado (Código Civil, art. 50, CDC, art. 28 c/c CTN, art.186). Demonstrado o exaurimento das vias executórias em relação à executada, sem identificação de bens providos de liquidez e passíveis de constrição, a penhora sobre bens de ex-sócio revela-se lícita e adequada aos princípios que norteiam o processo trabalhista. Precedentes do col. TST. Agravo conhecido e desprovido" (00954-2007-017-10-00-4 AP 2 de junho de 2009, TRT 10 Região). "Sócios. Responsabilidade subsidiária. Inclusão no pólo passivo na fase de conhecimento. Desnecessidade. A figura do sócio não se confunde com a pessoa jurídica que integra, uma vez que ambos têm existência e personalidade jurídica distintas (CC, art. 20). Os atos praticados pela pessoa

que la parte solicita, desde el proceso de conocimiento, la citación del socio como parte en el proceso en el que el empleador legítimo sea la empresa.

La jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo examina cuestiones en las que se discute la violación de principios procesales tales como la ausencia de fundamentación por parte de las decisiones que defieren el instituto del levantamiento de la personalidad jurídica y la ausencia de citación del socio para su defensa, bien dentro del proceso de conocimiento, bien dentro del de ejecución. En general, indican los recurrentes la violación de los artículos 1.º y 5.º incisos II, XXII, XXXV, LIV, LV, y 93 IX de la Constitución Federal. El referido Tribunal Superior, a su turno, termina por acatar los preceptos materiales de los tribunales inferiores, manteniendo las decisiones que comportan responsabilidad patrimonial de los socios o de las empresas coligadas a las pretensiones salariales debidas, en caso de no tener la empresa patrimonio suficiente para hacer frente a la deuda. Así, verificada la insuficiencia del patrimonio de la empresa, el socio estará sujeto a la responsabilidad ilimitada y solidaria hasta el pago integral de los créditos de los empleados. Por tanto, se rechaza cualquier posibilidad de violación de la legislación infraconstitucional o constitucional por la falta de fundamentación legal como lo prevé el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal.

jurídica, enquanto titular de direitos e obrigações, não se comunicam nem se transferem, simultânea e imediatamente, à pessoa física do sócio que dela faz parte. Assim é que não há justificativa plausível para que os sócios sejam acionados em qualquer demanda que envolva a sociedade da qual é componente. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, também conhecida como *Disregard of Legal Entity Doctrine*, tem como pressuposto abuso de direito, excesso de poder, meios fraudulentos e insuficiência de bens da empresa. Soa, portanto, prematuro e precipitado acionar os sócios no processo de conhecimento quando previamente ausentes as extraordinárias situações que determinam a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, até porque tem esta o objetivo de assegurar a efetividade da atividade jurisdicional com o pagamento ao credor. A legitimidade do sócio, por conseguinte, somente surge no momento em que se constata a absoluta incapacidade da pessoa jurídica de adimplir as suas obrigações. Antes disso, nem sequer dispõe o credor de interesse processual para acioná-lo, visto que não é admissível atuação jurisdicional inútil. Poderá ter, isto sim, direito subjetivo superveniente de demandá-lo, como expressamente previsto no inciso II do art. 592 e art. 596, ambos do CPC. Recurso improvido". 06ª Vara - Brasília/DF 06-1176/2001 Na vara de origem decisão: 19 07 2002, TRT 10 Região.

"A desconsideração da personalidade jurídica tem dado margem a divergências jurisprudenciais no que se refere ao cerceio de defesa e à ofensa ao princípio do contraditório. Por isso, muito se discute acerca da inclusão do sócio na fase executiva, sem que o mesmo tivesse participado da fase cognitiva. Entendo que, ainda que o contrato de emprego tenha sido firmado com a pessoa jurídica, é admissível a participação de seus sócios no pólo passivo da lide, vez que o hipossuficiente não tem com prever a insuficiência financeira do empregador para arcar com ônus da execução. Além disso, a inclusão do sócio pólo passivo da lide desde a fase cognitiva lhe permitirá o exercício do amplo direito de defesa constitucionalmente garantido". Acórdão n.º 24318/07 5ª. Turma, recurso ordinário n.º 01167-2002-016-05-00-6-RO.

V. CONCLUSIÓN

El análisis del problema del levantamiento de la personalidad jurídica está vinculado a consideraciones sobre cómo garantizar la efectividad del cobro de créditos de la persona jurídica por parte de terceros, cuando estos no encuentran en el patrimonio de la sociedad bienes suficientes, sin afectar desproporcionadamente los límites de la autonomía patrimonial, garantía técnica del derecho privado, capaz de estimular la actividad económica.

La materia del levantamiento de la personalidad jurídica tiene una gran relevancia en la medida en que se vincula al intento por conciliar la tutela de los acreedores con la necesidad de protección de los intereses empresariales, y de autonomía privada, conaturales al mecanismo de responsabilidad limitada del socio de la persona jurídica.

En este sentido, el artículo busca demostrar que, alcanzar una solución armónica entre estos objetivos constituye un tema actual, siendo frecuente el debate acerca de la necesidad de evitar un desequilibrio entre ellos.

El Código Civil brasileño parte de una premisa que se puede considerar como clásica: el objetivo primordial es el de garantizar la seguridad jurídica, preservando, siempre que sea posible, la forma de la persona jurídica. Sin embargo, esta circunstancia debe darse en la medida en que se haya preservado la finalidad de la persona jurídica que, en esencia, corresponde a la salvaguarda de su efectiva autonomía patrimonial.

Se agrega que el presupuesto del Código Civil es el de una relativa igualdad entre los participantes del tráfico jurídico, máxime si se recuerda que la nueva legislación civil brasileña abarca hoy, también, figuras de Derecho empresarial.

Un cuadro diverso surge de la esfera de la defensa del consumidor y del derecho del trabajo, pues ellos tienen como objetivo fundamental la tutela del contratante débil por excelencia: el consumidor y el trabajador. En vista de esta circunstancia no se debe considerar como contraria a la dogmática jurídica, la orientación que hace prevalecer la defensa de los intereses de esa categoría de contratantes en relación con la *forma iuris* persona jurídica. Por el contrario, en un orden jurídico imbuido en la recuperación del principio de eticidad, esa concepción se presenta como correcta, siempre que su aplicación respete los principios del debido proceso legal en su sentido formal y material.

En síntesis, se tiene que los dos regímenes expuestos no se oponen, sino que se complementan. Ellos procuran responder, aunque con imperfecciones, a la necesidad constante de equilibrio entre los deseos de seguridad jurídica y de autonomía privada, propiciado por el respeto de la forma de la persona jurídica en consonancia con la opción escogida por sus integrantes, y de restricción del desvío de la finalidad de las instituciones jurídicas y de preservación de la confianza en las relaciones negociales.

Esa necesidad de armonización surge también de la existencia de valores contrapuestos en el orden económico constitucional, que se vinculan al tema del levantamiento, específicamente los ya referidos relativos a la libre iniciativa (art. 170, IV), al valor social del trabajo (art. 1.º, IV), a la defensa del consumidor (art. 170, V), a la justicia social (art. 170 *caput*). En este contexto resulta adecuada la orientación predominante en el derecho brasileño, de que el levantamiento de la personalidad jurídica sea una medida excepcional, aplicada en los casos en que se configuran los presupuestos generales establecidos en el Código Civil.

Es necesario, en fin, resaltar que si la persona jurídica fue constituida con el fin de proteger el patrimonio de los socios de una futura ejecución, en este caso se desvirtuarán los principios fundamentales del orden económico, lo que justifica la posición trazada por el legislador para los regímenes de relaciones de consumo y de trabajo.