

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PONDERAÇÕES
SOBRE A REFORMA TRABALHISTA SOB ENFOQUE DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

***LEGAL PERSONALITY DISREGARDING: CONSIDERATIONS ON LABOR REFORM
UNDER THE FOCUS OF LAW AND ECONOMICS***

Artigo recebido em 21/08/2023

Artigo aceito em 30/08/2023

Artigo publicado em 31/01/2024

Bruno De Pinho Garcia

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2017). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Atualmente é Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. .E-mail: bruno.garcia@trt11.jus.br.

RESUMO: O presente trabalho se propõe à análise da figura da desconsideração da personalidade jurídica, suas características e peculiaridades, especialmente no panorama trazido pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), sob o olhar da análise econômica do direito. Foi empreendida uma linha de investigação de base eminentemente teórica, utilizando-se de fontes bibliográficas como obras doutrinárias, produção jurisprudencial dos principais tribunais brasileiros, revistas especializadas e artigos pertinentes ao assunto foco desta pesquisa. Após filtragem do tema sob a ótica do ferramental da Análise Econômica do Direito e dos princípios da Constituição Federal de 1988, conclui-se que a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é a mais adequada e eficiente, tanto do ponto de vista do trabalhador quanto do empregador.

PALAVRAS-CHAVE: personalidade jurídica; desconsideração; reforma trabalhista; análise econômica do direito.

ABSTRACT: The present work proposes to analyze the figure of disregarding the legal entity, its characteristics, and peculiarities, especially in the overview brought by the Labor Reform (Law nº 13.467/2017), under the perspective of the economic analysis of the law. An eminently theoretical line of investigation was undertaken, using bibliographical sources such as doctrinal works, jurisprudential production of the main Brazilian courts, specialized magazines and articles pertinent to the subject of this research. After filtering the theme from the perspective of the tools of the Economic Analysis of Law and the principles of the Federal Constitution of 1988, it is concluded that the minor theory of disregard of legal personality is the most appropriate and efficient, both from the point of view of the worker and of the employer.

KEYWORDS: legal personality; disregard; labor reform; law and economics.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Personalidade Jurídica. 2 Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Reforma Trabalhista e análise econômica do direito. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento e desenvolvimento da teoria da personalidade jurídica é um evento importante no âmbito da ciência do Direito, particularmente para os ramos civil e empresarial, sendo uma ferramenta que visa à separação das figuras do sócio e da empresa. Uma vez constituída, a pessoa jurídica pode ser parte ativa e autônoma de uma gama de atos jurídicos, pois detém patrimônio próprio e personalidade distinta em relação àqueles que a criaram. Isso acaba por minimizar os riscos do negócio, dado que a parcela do patrimônio do empreendedor estaria resguardada, caso a empresa viesse a gerar prejuízos.

Essa entidade, no entanto, pode ser usada de maneira lícita ou ilícita, ou seja, tanto para o fim de fomento da economia, prosperidade e bem-estar coletivo, quanto para o cometimento de fraudes ou abusos, razão pela qual o sistema jurídico deve estar preparado para prevenir ou corrigir irregularidades praticadas pelos sócios com o intuito de fugir de dívidas e aumentar ilicitamente seu patrimônio.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica surge nesse contexto, não para extinguir a sociedade, mas para, temporária e episodicamente, afastá-la para atingir o patrimônio dos sócios que a constituem, a fim de adimplir dívidas por eles contraídas.

Nesse sentido, é importante analisar, sob o prisma da *law and economics*, as novidades inseridas na seara do Processo do Trabalho pela Reforma Trabalhista em relação à desconsideração da personalidade jurídica, que teve por meta trazer maior segurança jurídica na aplicação desse instituto, outrora manejado com considerável discricionariedade e, por vezes, arbitrariedade por parte dos julgadores, justamente pela inexistência de parâmetros legais objetivos que dessem contornos a essa figura.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA

A tradicional doutrina de Beviláqua (1976, p. 170) apresenta os seguintes conceitos: pessoa “é o ser, a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de

direitos”. Já a personalidade é apontada como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

Farias *et al.* (2019, pp. 301) afirmam que todas as pessoas físicas carregam consigo a capacidade de direito, conceito que se confunde com o de personalidade, por conferir a uma pessoa a possibilidade de praticar relações jurídicas. A lei prevê que a pessoa jurídica tem seu surgimento com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro e nas Juntas Comerciais, a depender de sua natureza ser ou não comercial, como dispõem os artigos 45, 985 e 1.150 do Código Civil.

Já a extinção da pessoa jurídica e, conseqüentemente, de sua personalidade, pode ocorrer: por convenção dos sócios que a fundaram, na forma do estatuto; por decisão administrativa, quando a iniciativa da revogação ou anulação do ato de autorização para o funcionamento da pessoa parte da Administração Pública, quando a entidade privada pratica atos que vão de encontro aos interesses sociais e à função social da empresa; por decisão judicial, quando o Ministério Público ou algum de seus sócios o requerer, na forma da lei; por fato natural, quando morrem seus membros, sem que os atos constitutivos da entidade prevejam algum modo de continuidade das atividades (NADER, 2016, pp. 304-305).

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Desenvolvida quase que simultaneamente pela doutrina alemã, inglesa e americana, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica viabiliza o atingimento do patrimônio de outra pessoa física ou jurídica, para fins de garantia de obrigação descumprida em uma relação jurídica anterior (MARTINS FILHO, 2000, p. 34).

Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 103) ensinam que a teoria em comento teve relevante ascensão na década de 1950, por trabalhos publicados pelo professor da faculdade de direito de Heidelberg, Rolf Serick (influenciador de Rubens Requião, responsável por importar tais estudos para o Brasil), com base em precedente judicial ocorrido em 1897, na Inglaterra:

Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil. Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria

companhia. Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir. Ora, revelando-se insolvente a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa. Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais.

A partir do caso supra, doutrina e jurisprudência começaram a debater e amadurecer a abordagem desse tema, surgindo aí as bases para a aceitação da penetração na pessoa jurídica. Pela teoria ora em estudo, é permitido ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica da entidade a fim de obter a responsabilização de seus sócios, impedindo, assim, a consumação ou perpetuação de abusos e fraudes por eles levados a cabo (TARTUCE, 2014, p. 404).

A desconsideração da personalidade jurídica se justifica pela concretização do princípio da função social da empresa, que tem por fundamento a função social da propriedade. Por essa ideia, eventuais abusos ou desvios ensejam a desconsideração da personalidade jurídica (DIDIER, 2019, p. 605). Referida teoria vem sendo acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, a exemplo dos seguintes diplomas jurídicos:

- a) Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) que estabelece, em seu art. 135, III, que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos;
- b) Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), dispondo, em seu art. 28, que o magistrado poderá promover a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, em detrimento do consumidor, além do parágrafo 5º permitir a desconsideração sempre que tal ficção jurídica servir de obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causado aos consumidores;
- c) Lei nº 9.605/98 dispõe, em seu artigo 4º, que poderá haver a desconsideração da sociedade sempre que sua personalidade por impedimento ao ressarcimento de prejuízos provocados ao meio ambiente;

- d) Código Civil (Lei nº 10.046/02), cujo artigo 50 prevê que, em caso de abuso da personalidade jurídica, marcado pelo desvio de finalidade ou por confusão patrimonial, poderá o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica;
- e) Lei nº 12.529/11, que organiza o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seu artigo 34, *caput*, fixando que a personalidade jurídica daquele que for responsável por infração da ordem econômica poderá ser afastada em caso de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou mesmo violação a estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da sociedade gerados por má administração;
- f) Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que inovou ao fixar procedimentalização para desconsideração da personalidade jurídica de uma determinada pessoa, traçando regras nos artigos 133 a 137 para o que denominou de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica;
- g) Lei nº 9.847/99, cujo artigo 18, §3º, reforçado pelo art. 23 do Decreto nº 2.953/99, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis;
- h) Lei nº 6.404/76, popularmente conhecida como a “Lei das S/A”, em diversos artigos trata da possibilidade de responsabilização dos sócios e administradores em casos de ilícitos por eles cometidos em desfavor do patrimônio da sociedade;
- i) Lei nº 8.906/94, denominado Estatuto da Advocacia, cujo artigo 17 fixa que, além da sociedade, o sócio e o titular da sociedade individual de advocacia respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer;
- j) Lei nº 13.874/2019, alterando dispositivos contidos no Código Civil brasileiro e em outros diplomas normativos, que perpassam os mais variados ramos do direito, especialmente para trazer normas sobre a pessoa jurídica e requisitos para afastamento de sua personalidade, por exemplo, definindo o que se entende por desvio de finalidade e confusão patrimonial;

- k) Lei nº 13.467/2017, chamada por muitos de “Reforma Trabalhista”, acrescentou o art. 855-A na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43), atraindo as disposições previstas no Código de Processo Civil para procedimentalização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no direito processual do trabalho.

4 REFORMA TRABALHISTA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, convém analisar como tais regras jurídicas são interpretadas no que tange à estrutura de incentivos que as cercam e às consequências comportamentais das pessoas em resposta a tais incentivos, o que alguns denominam consequencialismo jurídico. Nos dizeres de Salama (2017), espera-se que:

a AED possa ser utilizada para prever as consequências das regras e interpretações jurídicas. Trata-se, então, de tentar identificar os prováveis efeitos de diferentes posturas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso (...). Mas fato é que a aplicação do Direito muitas vezes requer ponderação sobre consequências – inclusive, em alguns casos, de maneira explícita. Tal se dá de maneira evidente no Direito Antitruste de maneira geral, mas também em temas menos óbvios como no art. 187 do Código Civil (que trata do “fim econômico” de um ato jurídico), e até mesmo na Constituição Federal (que no art. 37 alça a “eficiência” à posição de princípio constitucional). Outras vezes, a discussão de consequências no direito se dá de maneira implícita. Caso emblemático ocorre com o assim chamado “teste de proporcionalidade” de princípios jurídicos. Na visão assente no Brasil, a realização desse teste requer um exame sobre adequação (o meio promove o fim?), necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro(s) meio(s) menos restritivo(s) dos direitos fundamentais afetados?) e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

No ordenamento jurídico brasileiro, a personalidade jurídica como fator de desenvolvimento econômico aliado ao trabalho humano digno é protegida desde as primeiras linhas da Constituição Federal promulgada em 1988, alçando como um de seus fundamentos o valor social do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV).

O referido diploma também cuidou dos denominados “princípios gerais da atividade econômica” em solo brasileiro. Em seu artigo 170, deixou expresso que a ordem econômica tem como fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por meio desses vetores valorativos, conjugou a propriedade privada com sua função social,

harmonizou a livre concorrência com a defesa do consumidor, conciliou o livre exercício da atividade econômica com a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

É com base nessa visão equilibrada que deveriam ser enxergadas as mais diversas figuras jurídicas existentes nos ordenamentos de cada nação, evitando exageros e extremismos de qualquer espécie, fomentando debates sérios e desprovidos de interesses puramente individualistas.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) implementou significativas alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43). Yeung (2017, p. 909) afirma que tal norma se originou no contexto do surgimento de um forte movimento de industrialização, gerando a necessidade de estabilização social no meio urbano. O caráter populista de Getúlio Vargas visou assegurar o apoio dos trabalhadores e controlar o incipiente movimento sindical, criando dois grupos: “os protegidos pelo clube exclusivo, a classe premium, e os não-protegidos, os informais ou semi-formais”. A fim de diminuir essa disparidade, a Reforma Trabalhista teria incentivado a formalização dessa mão de obra alegadamente alijada à informalidade e destituída de direitos, gerando aumento da arrecadação fiscal e, conseqüentemente, convertendo-se em desenvolvimento social.

Os defensores da reforma trabalhista não a observam como precarizante das relações de trabalho. Defendem a criação e regulamentação de novas formas de trabalho e modalidades atípicas de contratação, com aumento do número de trabalhadores atuando no mercado formal. Entendem que foi conferido aos sindicatos maior poder de negociação, fortalecendo-os. Por fim, que caberia aos magistrados o cumprimento do dever constitucional de aplicação da lei, em respeito à harmonia entre os Poderes. Nas palavras de Martins Filho (2020):

O edifício protecionista laboral parece tão bonito que não se admite seja reconstruído de acordo com normas de engenharia social mais modernas, que já não tenha o trabalhador como eterno hipossuficiente e que valorizem sua vontade coletiva, através da negociação por meio de seus sindicatos de classe, para estabelecimento das condições de trabalho mais adequadas e justas para cada segmento da atividade produtiva.(...) O arcabouço legislativo trabalhista, encabeçado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), editada em 1943, constitui, por si só, notável sistema de proteção ao trabalhador, que vem sendo aperfeiçoado ao longo dos seus quase 80 anos de existência, cabendo ao juiz do trabalho aplicar de forma imparcial uma legislação que, de per si, já é protecionista.

A seu turno, os órgãos como o Ministério Público do Trabalho (2018) e Associações de Magistrados Trabalhistas (2018) criticam as recentes alterações legislativas, sob o argumento de que estaria sendo implementada uma franca campanha de retrocesso social e de

supressão de direitos trabalhistas, atendendo aos anseios de interesses neoliberais e capitalistas precarizantes, dificultando o acesso à justiça pelo trabalhador hipossuficiente e enfraquecendo a atuação sindical em decorrência da retirada das contribuições que lhes eram repassadas por força de lei. A doutrina de Cassar (2017, p. 6) resume as ressalvas à reforma em questão:

O conteúdo da Lei 13.467/2017, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios, suprime regras benéficas ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado individualmente e coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de direito civil e de processo civil protetoras ao direito e processo do trabalho.

É inegável que a Reforma Trabalhista modificou de modo importante o texto da CLT. Outrora, para efetivação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, os juízes proferiam uma simples decisão, fundamentada de forma objetiva e sucinta, indicando que a proteção conferida a essa figura jurídica não prevaleceria em detrimento do inadimplemento de verbas trabalhistas, de inegável natureza alimentar. Não havia necessidade de maiores rigores ou formalismos para concretizar esse ato.

Para alterar esse cenário, o Poder Legislativo inseriu o art. 855-A na CLT. Por meio dele, deixou expresso que, antes de o magistrado proceder à desconsideração da personalidade jurídica da empresa nos processos judiciais trabalhistas, deveria instaurar incidente próprio, conforme regulamentado pelos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil. A forma como o referido incidente foi importado para o Direito Processual do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 não ficou isento de críticas. Cite-se, como exemplo, as ponderações de Silva (2017):

Há um grande desalento nesse esforço todo empreendido para emprestar figuras do processo civil ao processo do trabalho – como o incidente de desconsideração de personalidade jurídica e a discussão sobre o grau de corresponsabilidade da sociedade, dos sócios atuais e dos sócios retirantes. Essa discussão parece acadêmica e revela desconhecimento do cotidiano forense: os estagiários, advogados, sindicalistas, prepostos, procuradores e magistrados, após pouco tempo de atuação autêntica nas lides trabalhistas, sabem muito bem que são as oficinas de fundo de quintal e os empreendimentos informais que dominam as questões controvertidas nas audiências trabalhistas e entram o processo de execução. (...) Chega a ser caricato falar em incidente de desconsideração de pessoa jurídica para o empregado do quiosque de cachorro-quente. Não vai nenhuma ironia nessa frase: apenas uma injeção de realidade para que o debate saia um pouco dos

gabinetes palacianos. O processo do trabalho leva a fama de irresponsável e subversivo, mas ele nada mais é do que o anteparo do direito material do trabalho brasileiro, que convive com altos executivos e ampla atuação da economia informal. Querer que o processo do trabalho seja um apêndice do processo civil ignora completamente a realidade da nação desigual e complexa de que somos parte.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, a referida regulamentação processual aparenta ser adequada, afinal, não é das condutas mais consentâneas com os princípios e valores que regem um Estado Democrático de Direito – e que, inclusive, afirma valorizar a livre iniciativa – que determinadas pessoas sejam responsabilizadas judicialmente sem que lhes tenham sido franqueadas adequadas chances de conhecimento dos fatos, defesa quanto a eles e influência do julgador acerca do conteúdo da decisão (contraditório substancial). Isso porque a segurança jurídica é um fundamento essencial para a adequada compreensão de temas como justiça e desenvolvimento econômico. Nas palavras de Oliveira (2011, p. 603):

quase todos os entraves para o desenvolvimento, que têm origem em incertezas, nascem da insegurança jurídica, que se apresenta, por conseguinte, como o principal e o maior obstáculo para o povo brasileiro se desenvolver economicamente, mas também culturalmente em qualquer outro aspecto de sua existência.

Na mesma esteira do entendimento acima, é relevante destacar as ponderações de Aquino Filho (2021):

Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, um bom sistema de justiça é aquele que atua de forma previsível e eficiente, garantindo a estabilidade necessária para a realização de negociações e, conseqüentemente, não sendo um óbice ao desenvolvimento econômico (...) a insegurança jurídica eleva os custos das empresas e as obriga a reservar recursos para cobrir prejuízos causados por litigâncias e incertezas do ambiente de negócios. A viabilização de um ambiente de negócios estável e baseado na confiança mútua entre os diversos agentes que nele atuam é fundamental para estimular empreendedores e atrair investimentos.

Os requisitos materiais que viabilizam a desconsideração da personalidade jurídica variam de acordo com a linha de pensamento adotada pelo intérprete: se liberal, defende-se a teoria maior, demandando comprovação de desvio de finalidade ou confusão patrimonial; se social, adere-se à teoria menor, bastando o fracasso do ente devedor em adimplir seu débito.

Essa dicotomia guarda relevante relação com a abordagem deste trabalho, já que é possível defender que a Análise Econômica do Direito tenta conciliar a visão

liberal/desregulamentadora e social/regulamentadora do trabalho, munindo-se de ferramentas analíticas e empíricas para estabelecer um elo entre direito e economia (CALIXTO; MAIA, 2022, p. 497). A título de exemplo, ressaltando o acerto da teoria maior e renegando o cabimento da teoria menor, Sampaio (2020, p. 104) afirma que:

a teoria que se compatibiliza melhor com a pessoa jurídica e todo o seu desenvolvimento é, sem dúvida, a teoria maior. Todo o instituto da personalidade ficta foi criado, conforme visto alhures, com o intuito de gerar separação patrimonial e autonomia da pessoa jurídica visando a limitação da responsabilidade dos sócios, principalmente em empreitadas de maior risco, principalmente num cenário de concorrência acirrada, cenário político e econômico incerto e mundo globalizado. A cota de responsabilidade do sócio é, em regra, somente a que aportou na empresa e nenhum centavo a mais. (...) a teoria menor está em total descompasso com a realidade empresarial e o incentivo a novos empreendimentos, pois estes garantem resultados positivos para toda a comunidade. Uma nova indústria, por exemplo, gera centenas de empregos diretos e indiretos, e a teoria menor acaba por inibir tais projetos, pois os sócios ficam receosos de ter que arcar com dívidas por eles não assumidas. (...) A teoria menor é contrária à própria pessoa jurídica e a toda a sua construção doutrinária.

Lado outro, Almeida (2004, p. 194) defende a aplicabilidade da teoria menor à seara trabalhista, já que cabe exclusivamente ao empregador a assunção dos riscos da atividade econômica. Para Gonçalves (2009, p. 74), a aplicação da teoria menor ao processo do trabalho afasta a necessidade de perquirir abuso ou confusão patrimonial, pois tem por fim evitar que a pessoa jurídica impeça a efetiva indenização do trabalhador. Adicionando motivos pelos quais os pressupostos da teoria menor vêm sendo aplicado à seara justrabalhista, Miessa (2019, p. 845) dispõe que:

Na seara trabalhista, prevalece o entendimento de que se aplica a teoria objetiva/menor, incidindo referido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Isso se justifica porque o CDC e a CLT são normas tuitivas que buscam resguardar o direito do hipossuficiente, sendo, pois, compatíveis. Ademais, impõe-se a aplicação dessa teoria, ante a dificuldade de demonstração de fraude e do abuso de direito dos sócios, bem como pelo caráter alimentar das verbas postuladas em juízo.

Quanto à aplicabilidade dessas diferentes teorias, é razoável defender que o intérprete analise o contexto fático que cerca a questão, observando-a à luz do princípio constitucional da isonomia, de forma a tratarmos igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, conforme milenar lição aristotélica.

Caso visualizemos que as partes de um determinado negócio jurídico estão equiparadas, ou seja, que negociaram em condições equivalentes as cláusulas contratuais que

preveem direitos e obrigações recíprocos, é mais do que justificável o respeito aos limites da personalidade jurídica da empresa devedora relativamente à alocação patrimonial vigente no momento da assinatura do contrato. Nesse caso, a adoção da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica é plenamente recomendada, permitindo com que o patrimônio pessoal dos sócios somente seja atingido em caso de cometimento de ilícitos graves comprovados, como desvio de finalidade ou confusão patrimonial (princípio da intervenção mínima).

Por outro lado, não se pode ignorar que determinadas relações jurídicas merecem tratamento diferenciado, seja em decorrência da particular condição de sujeição da parte contratada em relação à contratante (relação trabalhista ou consumerista), seja porque o objeto abarcado pelo negócio jurídico tem potencial de afetar negativamente uma ampla gama de pessoas, merecendo proteção especial pelo poder público (meio ambiente ou combate à corrupção). Explicando esse peculiaridade, Pinho e Fonseca (2016, p. 1154) assim dissertam:

a teoria menor tem a insuficiência patrimonial da sociedade como pressuposto bastante à desconsideração da personalidade jurídica, prescindindo-se da verificação de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta dos sócios. Visa-se, precipuamente, à redistribuição dos riscos empresariais, sendo os sócios preferencialmente onerados em relação aos terceiros credores da sociedade. Tal construção adquire relevo diante de bens jurídicos reputados prioritários em face da observância do regime jurídico personificatório, ou diante de relações marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, nas quais desprovido o polo vulnerável de poder econômico de negociação ou remuneração pelos riscos incorridos.

É inegável que a assunção de riscos é inerente à atividade empresarial. Como recompensa por tais riscos, o empresário se beneficia exclusivamente dos resultados positivos (todo o lucro possível em que o empreendimento possa resultar), mas também deve arcar com os negativos (todos os prejuízos que lhe possam afligir). Nesse diapasão, se é verdade que a personalidade jurídica da empresa tem como fim a alocação de parcela patrimonial que o empresário está disposto a "arriscar", preservando consigo o percentual do patrimônio individual restante, isso significa que o empresário escolhe a magnitude do risco que está disposto a correr como consequência da atividade empresarial que pretende implementar.

Por sua vez, ao empregado não é dado assumir qualquer risco advindo da atividade econômica, por ínfimo que seja, já que foi contratado para prestação de uma função certa e determinada, recebendo contraprestação igualmente certa e determinada, tudo conforme tratativas pré-contratuais. Com tal premissa em mente, em sentido pragmático, não parece ser correta a tentativa de executar uma repartição de riscos entre agentes que não podem assumi-

lo, o que acaba acontecendo mediante a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica a uma relação em que, claramente, as partes contratantes estão em evidente estado de assimetria.

Nesse contexto, parece equivocado implementar as mais diversas medidas políticas e econômicas a fim de preservar, a qualquer custo, empresas disfuncionais, sob a teórica (e às vezes utópica) justificativa de respeito ao princípio da manutenção da empresa. Empresas que se encontram nessa situação sobrevivem às custas do sacrifício de direitos alheios, como os trabalhistas, traduzindo-se em incentivo à propagação de condutas socialmente indesejadas (ainda que não necessariamente ilícitas), com enorme potencial de prejuízo ao desenvolvimento econômico e social, pois fomenta a manutenção de entidades disfuncionais.

Nesse sentido, é possível defender que institutos como a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente sob a ótica da teoria menor, são mecanismos que freiam a expansão de empreendimentos econômicos irresponsáveis, incentivando empresários a redobram os cuidados para evitar, ao máximo, a existência de débitos trabalhistas. Afinal de contas, se a empresa não consegue arcar nem mesmo com as obrigações trabalhistas que ela própria gerou, parece evidente que não atende à função social que lhe é inerente. Assim, a continuidade dessa atividade empresarial atenta contra princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana e justiça social (artigo 1º, da CF/88) e da busca do pleno emprego (artigo 170, da CF/88).

Incentivar sua permanência implicaria sacrificar o bem-estar geral e desenvolvimento da sociedade, que arca com os custos (tributários, previdenciários, trabalhistas, consumeristas e comerciais) de um empreendimento inviável economicamente ou fruto da incompetência do gestor. Por outro lado, o empreendedor competente e que age dentro dos ditames do ordenamento jurídico não precisa se preocupar com a adoção de teorias maior ou menor da desconsideração da personalidade jurídica, pois adotará todas as medidas necessárias e adequadas para conduzir sua atividade econômica com maximização racional.

Consoante lição de Ribeiro (2022, p. 71), “ao apreciar as condições de um negócio, o contratante, em princípio, escolherá de forma racional a relação que será pactuada, se será pactuada, com quem será realizado o negócio e em que condições”. Tendo em vista que contratos de trabalho são, indubitavelmente, contratos de trato sucessivo, não há dúvidas de que a racionalidade dos agentes permeará todas as suas fases, desde as primeiras conversas pré-admissionais até a extinção contratual, com ou sem culpa das partes.

Um dos aspectos práticos dessa racionalidade comportamental a que o empresário deve estar atento é o seguinte: imagine-se que um determinado ex-empregado tem a seu favor um crédito trabalhista oriundo de sentença judicial, ao qual a ex-empregadora não consegue ou não tem interesse em adimplir. A partir do momento em que os atuais empregados souberem desse fato, podem assumir dois comportamentos, igualmente racionais:

imaginarem que, caso venham a ter créditos trabalhistas contra a empresa, estes também não serão pagos; logo, gradualmente passarão a diminuir sua força de trabalho em prol do empregador até o limite do necessário para não serem dispensados por desídia. Isso ocorre pois não há lógica racional em entregar a outrem o máximo desempenho laboral possível se imagina (ou sabe) previamente que não haverá contraprestação correspondente.

Essa resposta tem potencial para levar a empresa a verdadeira falência, já que a qualidade dos serviços prestados pelos atuais empregados declinará vertiginosamente, tornando-se ineficiente economicamente e comprometendo os lucros. Ainda que o empresário prontamente se atente para este movimento, deverá ter em mente que uma possível substituição de mão de obra envolverá custos de transação do ponto de vista organizacional da empresa.¹ Sobre o tema, Miranda (2020) leciona o seguinte:

A teoria dos custos de transação discute a questão da organização econômica como um problema de contratação. Dentre as alternativas à disposição do empresário para a realização de uma tarefa, haverá sempre a possibilidade da coordenação de um aparato interno de gestão ou simplesmente da busca no mercado do produto acabado.

por outro lado, ao vislumbrarem risco de que tal inadimplemento também os afete em um futuro próximo, um movimento instintivo dos atuais empregados seria lançarem-se em busca de novas oportunidades de trabalho em outras empresas, levando consigo toda a experiência e conhecimentos adquiridos; logo, gradualmente a mão de obra mais qualificada migrará para empresas concorrentes, gerando perda de qualidade dos serviços prestados pela empresa devedora no mercado em que atua e, conseqüentemente, sucumbindo em face da competitividade inerente ao mercado capitalista.

Nesse cenário, existem ainda outros riscos concretos a serem considerados pelo empregador inadimplente, tais como a propagação da “fama” de devedor contumaz entre os potenciais futuros empregados, que preferirão se candidatar a posições na concorrência, gerando quase que um “boicote” inconsciente e restando ao empregador contratar apenas mão

de obra menos qualificada, com isso, perdendo espaço no mercado concorrencial, já que colocará à disposição da sociedade um serviço de menor qualidade.

Para manter consigo essa mão de obra qualificada e não “perdê-la” para a concorrência, o empregador deve analisar os chamados custos de agência, tais como: custos de monitoramento do agente/empregado (por exemplo, investindo em uma política de RH mais intensa a fim de observar de perto as expectativas e frustrações dos trabalhadores); custos com incentivos objetivando alinhamento dos interesses do agente/empregado com os objetivos do principal/empresa (como aumento salarial ou concessão de vantagens); e custos advindos de perdas residuais (como diminuição dos lucros da empresa por divergências para com os objetivos dos empregados). Como pondera Anjo (2019, pp. 62-63):

interessante observar que a mão de obra, ao contrário do que usualmente se expõe, é um bem escasso, sendo o bem mais fundamentalmente útil e escasso do sistema econômico e isto se dá porque praticamente qualquer outro bem que seja útil é produto da mão de obra, o que acaba por regular sua oferta, e seu preço de mercado. A crescente dos anseios ocasiona a necessidade de uma maior produção de bens, que, por conseguinte demanda uma maior quantidade de mão de obra para a sua produção, portanto, a mão de obra se traduz em um bem escasso. No que concerne à mão de obra, é comum e real ouvirmos a frase “há uma escassez de mão de obra qualificada”. E qual é a consequência desta escassez? O alto salário pago à mão de obra qualificada.

Uma saída para diminuir as chances de todos esses revezes ao empresário poderia ser a aplicação da teoria menor da responsabilidade jurídica, pois traria maior segurança aos atuais empregados, no sentido de terem a seu favor uma garantia a mais para adimplemento de eventuais futuros créditos trabalhistas que tenham em face da empresa, sem a necessidade de produzir provas extremamente difíceis (desvio de finalidade e confusão patrimonial) em razão de sua notória condição assimétrica, além de sua – em regra quase absoluta – hipossuficiência econômica (presunção de miserabilidade), informacional (ou técnica) e jurídica (*jus postulandi*).

Dessa forma, não haveria comprometimento do desempenho laboral cotidiano desses empregados, que não vislumbrariam a iminente necessidade de buscar outras posições em empresas concorrentes, contribuindo para o desenvolvimento da referida atividade empresarial, aumento de lucros e prosperidade. Ainda que a aplicação da teoria menor resulte em afastamento ocasional da proteção conferida à personalidade jurídica pela simples inexistência de bens da empresa passíveis de arcar com tal dívida, tal cenário não é tão

prejudicial quanto alegam seus críticos, especialmente partindo da premissa do tão propalado déficit de mão de obra qualificada no mercado de trabalho brasileiro.

Convém ressaltar a opinião de Salama (2017, pp. 23-24), para quem “a escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *tradeoffs*”, que nada mais são que “sacrifícios” necessários a fim de atingir determinado objetivo, também denominados “custos de oportunidade”.

Em outras palavras, sacrifica-se um bem (proteção da personalidade, atingindo o patrimônio dos sócios, a despeito da incoerência de atos ilícitos) para obtenção de outro mais vantajoso (manter ou aumentar um dado patamar de lucro, através da manutenção da mão de obra qualificada atualmente existente nos quadros da empresa, com potencial para atrair ainda melhores profissionais como decorrência da consolidação de uma imagem de empresa que honra com suas dívidas).

É com base nas ponderações firmadas que defendemos a plena adequação e viabilidade da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo após a vigência da Reforma Trabalhista de 2017, de acordo com o ferramental da Análise Econômica do Direito explicitada.

5 CONCLUSÃO

Finda a presente explanação, foi feito um breve escopo teórico acerca da pessoa jurídica e suas características, bem como da personalidade jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica, outrora uma hipótese, firmou-se como teoria e, mais adiante, dispersou-se no ordenamento jurídico como medida de combate a fraudes e efetividade da execução.

A despeito de vários diplomas legais que positivaram o tema, cada qual em seu ramo de aplicação, os debates sobre o assunto cresceram consideravelmente após advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que implementou significativas alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto a temática da desconsideração da personalidade jurídica, houve importantes modificações no campo processual, especialmente do ponto de vista da segurança jurídica, fundamento essencial para a adequada compreensão de temas como justiça e desenvolvimento econômico, dando previsibilidade e eficiência ao sistema de justiça.

Entretanto, quanto ao aspecto material, mantiveram-se inalteradas as premissas que justificam o afastamento da proteção conferida à personalidade jurídica da empresa, viabilizando o ingresso no patrimônio dos sócios.

Após filtragem do tema sob a ótica do ferramental da Análise Econômica do Direito e dos princípios da Constituição Federal de 1988, conclui-se que a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é a mais adequada e eficiente, tanto do ponto de vista do trabalhador quanto do empregador.

Por fim, incentivam-se novos estudos sobre o tema, a fim de fomentar o debate e amadurecer as interpretações que surgirão pelo caminho, contribuindo para o aperfeiçoamento jurídico e desenvolvimento econômico da sociedade e, em especial, da Análise Econômica do Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANJO, Carla Goes Lopes. **Análise econômica e jurídico-social da Reforma Trabalhista**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estácio de Sá, 2019

AQUINO FILHO, Fernando Pessoa de. **Segurança jurídica e desenvolvimento econômico: a importância da tutela provisória de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante**. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5647/2548>. Acesso em 27.10.2022.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. V. 1. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del_5452.htm.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm

BRASIL. **Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999.** Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Hermenêutica infraconstitucional da Lei nº 13.467/2017- Reforma Trabalhista.** Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/livros/hermeneutica-infraconstitucional-da-lei-no-13-467-2017-reforma-trabalhista-mpt/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em 02.09.2022

CALIXTO, Eduardo, MAIA, Katy. **Análise econômica do direito do trabalho após a reforma trabalhista brasileira de 2017: promessas e realidade.** Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 37, 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpidio; QUITANILHA, Felipe. **Curso didático de direito civil.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. 1. Parte geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva: 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 1: parte geral** – 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A responsabilidade dos sócios ou administradores antes as dívidas trabalhistas da sociedade**. Revista do Ministério Público do Trabalho, set/2000, n.20).

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho1.pdf>. Acesso em 02.09.2022.

MIESSA, Élisson. **Processo do Trabalho**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

MIRANDA, Fernando Hugo R. **A terceirização à luz da teoria dos custos de transação**. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/15/terceirizacao-teoria-custos-de-transacao/#_ftnref1. Acesso em 25.10.2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Parte geral** – vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incertezas que entram o desenvolvimento**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.). Tributação e Desenvolvimento. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). Novo CPC doutrina selecionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em 25.10.2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Estudos em direito & economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento. 1. ed. - Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

SAMPAIO, Alexandre Santos. **A blindagem patrimonial por interposta pessoa**. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Livro eletrônico. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio, **Direito Empresarial Sistematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei Nº 13.467/2017) - Um Dossiê Sobre Análise Econômica do Direito**.

Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 2017. Disponível em:

<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/227/157>. Acesso em

26.10.2022.