INSPER

L.L.M. - DIREITO SOCIETÁRIO

ALEXANDRE MANRUBIA HADDAD FILHO

AS EXPECTATIVAS PARA O DIREITO SOCIETÁRIO À LUZ DA PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

SÃO PAULO

2018

ALEXANDRE MANRUBIA HADDAD FILHO

AS EXPECTATIVAS PARA O DIREITO SOCIETÁRIO À LUZ DA PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado com o objetivo de se obter a aprovação na disciplina Monografia II do LLM em Direito Societário do Insper.

Orientadora: Profª. Ms. Ana Cristina Von Gusseck Kleindienst

SÃO PAULO

2018

Haddad Filho, Alexandre Manrubia

As expectativas para o Direito Societário à luz da previsão legal para a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho

Alexandre Manrubia Haddad Filho – São Paulo, 2018

n.f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Insper, 2018

Orientadora: Ana Cristina Von Gusseck Kleindienst

1. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2. Direito Societário. 3. Incidente. 4. Justiça do Trabalho

I. Alexandre Manrubia Haddad Filho. II. As expectativas para o Direito Societário à luz da previsão legal para a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho

ALEXANDRE MANRUBIA HADDAD FILHO

AS EXPECTATIVAS PARA O DIREITO SOCIETÁRIO À LUZ DA PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado com o objetivo de se obter a aprovação no curso de LLM em Direito Societário.

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Dedico este trabalho à minha família, em especial aos meus pais, e à Thais, pelo apoio incondicional durante o curso.

AGRADECIMENTOS

À professora Ana Kleindienst, minha orientadora, por nunca ter desistido do meu tema e ter contribuído para minha pesquisa com orientações valiosas em busca de um trabalho melhor.

Aos meus colegas de curso, pela amizade, por dividir os estudos e por compartilhar conhecimento.

Cada sonho que você deixa para trás é um futuro que deixa de existir. (Steve Jobs)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as expectativas para o Direito Societário, considerando a aplicação legal do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça do Trabalho. Inicialmente, será feito um breve relato sobre o histórico, o conceito e as limitações da desconsideração. Em seguida, o objetivo é tratar com detalhes a teoria maior da desconsideração e enfatizar os aspectos societários, em especial a responsabilização dos sócios e dos administradores. Após, este trabalho tratará da Teoria Menor da Desconsideração, contrária à Teoria Maior, e ressaltará os problemas de sua aplicação, considerando premissas notadamente equivocadas para sua aplicação. Com as explicações das duas teorias, será analisado como a Justiça do Trabalho atualmente aplica a desconsideração, principalmente porque, mesmo após previsão específica na legislação trabalhista, ainda há divergência entre os juízes. Por fim, avaliar-se-ão as expectativas para o Direito Societário diante da aplicação do incidente da maneira como tem ocorrido – questão de suma importância para as empresas nos tribunais trabalhistas.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Societário. Incidente. Justiça do Trabalho

ABSTRACT

This final paper has the objective to analyze the expectations for the Corporate Law considering the enforcement of a legal procedure for the disregard of the legal entity. Initially, there will be brief explanation about the history, the theory and the limitation of the disregard of the legal entity. After, the purpose is to explain with details about the major theory of the disregard of the legal entity and, in particular, the responsibility of the shareholders and managers. After, the purpose is to explain about the minor theory of the disregard of the legal entity, the opposite of the major theory of the disregard of the legal entity, and, in particular, emphasize its application based on questionable assumptions. After the explanation of these two theories, it will be analyzed how the labor court is judging the current cases, because differences remain even after the enforcement of a legal procedure for the disregard of the legal entity. Finally, it will be evaluated which are the expectations for the Corporate Law as the enforcement of the legal procedure for the disregard of the legal entity – an important issue to the Companies in the labor court.

Keywords: Disregard of the Legal Entity. Corporate Law. Legal Procedure. Labor Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13
2 PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO E LIMITAÇÕES 17
2.1 DESENVOVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL 17
2.2 CONCEITO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA.....20
2.3 LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....22
2.4 OBJETIVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 26
3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO 30
3.1 TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 30
3.1.1 Conceito.....30
3.1.2 A Reponsabilidade dos Administradores sócios ou não sócios 31
3.1.3 A subsidiariedade na responsabilidade dos sócios.....34
3.1.4 A confusão entre os dispositivos legais que tratam da desconsideração e os dispositivos legais que tratam da responsabilidade dos administradores. 36
3.1.5 A responsabilidade direcionada apenas ao sócio que pratica o ato ilícito ..39
3.1.6 Procedimento.....40
3.1.7 Parâmetro para delimitar a teoria maior e o uso de conceitos amplos para justificar a desconsideração 41
3.1.8 Hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica 43
3.1.9 Conclusão.....46
3.2 TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 47
3.2.1 Conceito.....47
3.2.2 Aplicação 50
3.3 A LACUNA LEGISLATIVA E O USO SUBSIDIÁRIO DE DISPOSITIVOS LEGAIS COMUNS PARA A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....52
4 A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....56
4.1 PREVISÃO PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE NOS TERMOS DA CLT...56
4.2 APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM ANDAMENTO 62
4.3 EXPECTATIVAS PARA O DIREITO SOCIETÁRIO E PARA OS EMPRESÁRIOS 67
5 CONCLUSÃO.....72
6 REFERÊNCIAS 77

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto requer uma visão diferente e pouco estudada em razão de sua natureza. Em verdade, trata-se de uma questão transdisciplinar, na medida em que não apenas discute o papel do entendimento da desconsideração da personalidade jurídica na esfera trabalhista, mas ressalta seus nocivos efeitos contra empresas, empresários e empreendedores, já que implica risco não previsto legalmente, como se verificará nos próximos capítulos.

É preciso, portanto, compreender todo o contexto, especialmente no que tange ao papel das empresas nesse cenário. Deve-se, em primeiro lugar, ter em mente que empreender não é uma tarefa fácil tanto em relação ao mercado quanto às leis, que nem sempre ajudam. Principalmente no Brasil, empreender é lutar contra as estatísticas.

Em entrevista ao portal Estadão[1], Miguel Krigsner, fundador da rede de franquias “O Boticário” e responsável por um dos maiores *familly offices*[2] do Brasil, diz que “o empresário brasileiro precisa ter coragem de assumir riscos”. Mas até que ponto o empreendedor deve assumir riscos? Em rigor, os riscos são aqueles definidos pela atividade econômica e limitados pelas leis.

Entretanto, para a Justiça do Trabalho, *não existe esse limite legal*, entendimento que põe em risco todo o dinheiro que um empreendedor investir, de modo que uma demanda judicial possa alcançar, por vezes indevidamente – como se explicará mais adiante – o patrimônio pessoal de tal empreendedor.

De fato, cerca de 99% empresas brasileiras são micro e pequenas, geralmente constituídas sob sociedades limitadas, muita vez formadas por cônjuges, que dedicaram o resultado dos esforços de uma vida inteira em busca de um

---

[1] ESTADÃO. **Fundador do Boticário conta como transformou a marca na maior rede de franquias do País**. Mar. 2012. Disponível em: https://pme.estadao.com.br/noticias/noticias,fundador-do-boticario-conta-como-transformou-a-marca-na-maior-rede-de-franquias-do-pais,1630,0.htm. Acesso em 10 jun. 2018.

[2] *Family office* consiste em uma estrutura criada para que os grandes empreendedores possam investir seus próprios recursos nos mais variados tipos de negócio.

propósito e um futuro melhor para a sua família. Como veremos neste trabalho, a limitação de responsabilidade foi criada para garantir ao empresário a possibilidade de limitar os efeitos do risco do negócio.

Como sabido, nesse contexto, a figura da desconsideração da personalidade jurídica somente deve ocorrer em caso de fraude, desvio de finalidade ou ocultação de bens, sob o risco de comprometerem-se as seguranças jurídica e econômica. É nesse sentido que a retirada dessa garantia, pela Justiça do Trabalho, por diversas maneiras, sob teses ou com a formação de jurisprudência, no caso elencado acima, resulta na seguinte pergunta: ao agir à margem das determinações legais, faz-se efetivamente a justiça? É correto o uso de mecanismos criados pela Justiça do Trabalho para, a qualquer custo, satisfazer a dívida trabalhista?

Antes de se decidir pela desconsideração, que, após a reforma da CLT, deve respeitar o procedimento do incidente de desconsideração nos termos do art. 855-A, a Justiça do Trabalho possui outros meios (que veremos neste trabalho) para a satisfação do crédito do trabalhador de maneira justa e correta. A aplicação da subsidiariedade é uma delas, nos termos da súmula 331 do TST.

Cumpre observar que nem sempre o empregador principal possui toda a quantia para satisfazer o crédito definido em juízo[3], por outro lado, caso possua outra reclamada no polo passivo da demanda, que também se beneficiou dos serviços do trabalhador (podendo ser inclusive do mesmo grupo econômico), esta deve arcar com a diferença do crédito. Ressalta-se que este exemplo foi resolvido no âmbito da pessoa jurídica.

Outra maneira prevista para se obter o crédito de maneira justa, porém com parcimônia, é a aplicação da responsabilidade para outras empresas do grupo econômico, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT. Caso a reclamada não possua bens para arcar com o valor da condenação e houver a devida comprovação de que há uma confusão de bens, com a consequente transferência dos dividendos para as outras empresas deste grupo, com objetivo de fraudar credores, estas podem ser

[3] O qual, infelizmente, em muitos tribunais é superestimado, fugindo, inclusive, aos indícios do Princípio da Primazia da Realidade.

incluídas na demanda para a satisfação do crédito. As situações descritas acima são propostas antes do deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, que geralmente ocorre na fase de execução.

A Reforma Trabalhista, em vista dessas situações, trouxe importantes mudanças. Uma novidade trazida pelo CPC é o incidente da desconsideração, medida razoável e que oferece meios para garantir a ampla defesa da reclamada.

Se nenhuma das possibilidades anteriormente apontadas se aplicar ao caso concreto, e se o reclamante notar confusão patrimonial, desvio de bens e de finalidade e dilapidação do patrimônio, ele pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica para que os sócios da reclamada passem a responder e sejam responsáveis por aquele crédito.

Em contramão às alternativas e ao correto incidente de desconsideração elencado acima, nota-se que a Justiça do Trabalho cria suas próprias definições para o uso de mecanismos satisfação do crédito, a despeito das normas societárias, agindo de forma completamente diferente da doutrina societária para suprir e defender a hipossuficiência do trabalhador. Para algumas demandas em curso, antes da promulgação da nova CLT, ainda, os juízes estão aplicando a desconsideração da personalidade jurídica sem a necessidade da instauração do incidente processual acima mencionado.

Voltando ao ponto do segundo parágrafo, caso esta demanda seja em face de uma micro ou pequena empresa, cujos sócios sejam os cônjuges, esta responsabilidade atingirá o patrimônio do casal, que levou a vida inteira para ser construído? Por que, na matéria cível, esta maneira de atingir o crédito não ocorre?

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a limitação protetiva dos bens pessoais dos sócios ocorre sob o véu do Código Civil, que, no entanto, também aceita a possibilidade de se anular o benefício da limitação se, em razão dele, ilicitude houver sido praticada. Então, em rigor, os sócios só podem se beneficiar dessa proteção se estiverem corretos no exercício de suas atividades profissionais.

Para a Justiça do Trabalho, entretanto, entende-se a situação de outro modo. O entendimento de que o crédito trabalhista deve ser satisfeito a todo custo (por ser considerado de natureza Alimentar), visto na Justiça do Trabalho, resulta em grave prejuízo para a ordem econômica e impossibilita o crescimento das empresas, que às vezem necessitam fechar as portas por dívidas trabalhistas (quando as responsabilidades vão além do capital social), além de prejudicar seus sócios, independentemente do período em que permaneceram na sociedade.

Importa, antes de prosseguir, este esclarecimento: compreende-se o direito do Reclamante quanto ao crédito que lhe foi atribuído judicialmente. Compreende-se que a empresa tem responsabilidades quanto ao crédito e que, em tese, se o capital social corresponder às características da empresa (mais adiante se discutirá essa questão), deveria ser o credito trabalhista satisfeito com o capital social. O que se questiona é se a proteção ao crédito referido é superior ou mais importante do que a proteção oferecida pelo Direito Societário às limitadas. Permitir-se a desconsideração apenas porque o crédito *precisa* ser satisfeito parece uma declaração de que sim. Todavia nenhuma lei – nem mesmo a Constituição Federal – o afirma.

Esse é o fato que pretendemos tratar neste trabalho: os prejuízos trazidos ao direito civil e a toda a doutrina de direito empresarial, criada, estudada e discutida por anos, com a aplicação do entendimento trabalhista contrário a estas regras, visando unicamente à satisfação do crédito do trabalhador a qualquer custo, o que, às vezes, prejudica o empresário, que investiu todo seu dinheiro no negócio, mas acabou punido com mais dívidas e menos dinheiro do que o próprio trabalhador que ele emprega.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO E LIMITAÇÕES

2.1 DESENVOVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL

O pensamento livre dos povos se aprimorou para a criação e a evolução de matérias essenciais para a humanidade, como a matemática, a física, a navegação comercial, dentre outros estudos e inovações. Com a atividade comercial não foi diferente. Estudos da história mostram que as sociedades primitivas desenvolveram inicialmente uma atividade de extração vegetal e caça rudimentar apenas para a sobrevivência. Os homens eram nômades, não possuíam lugar fixo, caçavam para comer por um dia e dormiam onde fosse seguro. Em uma posterior evolução, estes homens aprimoraram suas técnicas de sobrevivência e grandes grupos começaram a fixar residência por longos períodos. A produção desses grupos, entretanto, apenas satisfazia à sobrevivência.

Com a fixação de residência, as técnicas de extração vegetal e caça foram aprimoradas. No Período Neolítico, houve o primeiro registro da criação de animais de corte e da agricultura. Bem mais tarde, maneira, as técnicas de sobrevivência e armazenamento em um mesmo lugar possibilitaram a criação de grandes vilas, que necessitavam de uma estrutura estatal para a ordem e o controle. Naquele momento, sentiu-se a necessidade de separar a moral do direito. A ideia de comercializar, regulada por este Estado, sem dúvida, surgiu do excedente produzido em alguma região considerando que outra região não possuía certo produto disponível para consumo. Ainda não se havia concebido a ideia de lucro como a conhecemos.

De início, a atividade comercial não era organizada e se originou por meio dos escambos em regiões próximas, pois a logística também era precária. Com o passar do tempo e o consequente crescimento da atividade, foi necessária a criação de códigos. Os primeiros registros surgiram no Código de Manu e no Código de Hamurabi. Neste primeiro momento, não era um código organizado com um

conjunto de leis para tratar do direito comercial, eram apenas pontos iniciais que no futuro iriam gerar códigos sobre o tema.

Rubens Requião e Fábio Ulhoa tratam desta primeira fase do direito comercial como subjetivista e possuía o objetivo de atender os interesses dos comerciantes[4]. Esta evolução deu margem para o surgimento de um novo direito, o Direito do Comércio, para regular a atividade das sociedades e os negócios realizados entre os agentes econômicos.

Em 1808 é criado o Código Comercial Francês, resultante de uma nova fase comercial, que influenciou muitas gerações a partir da Teoria do Ato do Comércio. A figura do antigo comerciante da Idade Média deixou de existir e foi definida a prática dos atos do comércio. Dessa forma, deixou de ser necessário participar da exploração da atividade econômica e fazer parte de uma corporação, para simplesmente ser necessário realizar práticas de comércio. Tal alteração se pautou na Revolução Francesa de 1789.

Em 1942, foi editado o Código Civil Italiano, que passou a regular uma forma para o exercício da atividade empresarial e não mais a atividade específica do comércio. Ou seja, não importava se era realizada a atividade agrícola, a atividade imobiliária, o importante era o desenvolvimento da atividade empresarial de forma organizada. Nesta fase, houve a unificação do Direito Privado em um único código.

A criação de um código para tratar do Direito Privado demonstra o gradual entendimento de que os sócios de uma determinada empresa devem ter direitos e proteções para o desenvolvimento do objeto social proposto. Tal gradação culmina com o surgimento das limitadas.

Importa apenas acrescentar que a ideia de um direito privado é interessante, já que aceita que o Estado não é o único capaz de realizar relações jurídicas. Também reconhece que, dentre as relações jurídicas, as comerciais, notadamente marcadas na Idade Média pelos profissionais, muita vez envolvidos em corporações

---

[4] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p.13. v. 2.

de ofício, eram privadas. As guildas medievais, aliás, e especialmente as famosas de pedreiros e arquitetos, definiam valores, estabeleciam procedimentos, previam um rudimentar sistema de assistência (algo como uma previdência social para as famílias), dentre outras práticas sensivelmente interessantes para a expansão comercial.

Além disso, tais profissionais, homens livres, circulavam de reino em reino oferecendo serviços e realizando construções – algumas duravam décadas. Uma consequência natural de todos esses fenômenos é o surgimento do dinheiro – em todas as suas versões, do sal à moeda.

Note-se que obviamente inexistiam legislações trabalhistas reconhecidas por reinos ou por Estados[5], embora as relações civis, no caso de lides, muita vez assumiam a intervenção de um moderador estatal ou real, que definia se o valor cobrado era justo ou se o trabalho havia sido realizado – submetendo o clássico *pacta sunt servanda* à apreciação de um terceiro investido de alguns poderes.

---

[5] Embora se possa assumir que as corporações de ofício e as guildas tivesse regras muito rígidas, que valiam como leis para seus profissionais e que previam punições evidentemente severas. É assim que entende Valori Filho (s.d.):

> *Ao lado das ordens militares e religiosas da Idade Média, também influíram [...] "as guildas" ("gilts" ou "gilds"). Tais associações fraternais surgiram no norte da Europa e teriam raízes locais, anteriores, mesmo, a dominação romana.*
>
> *As guildas se localizavam principalmente na Inglaterra: Alemanha e Dinamarca. Eram verdadeiras contrarias destinadas a ajuda e proteção dos próprios componentes. Cada associado pagava uma jóia ou "gilt" palavra esta a que se atribuía também o significado de multa. A admissão era feita mediante juramento sobre a Bíblia. Faziam-se coletas beneficentes, destinadas a auxílios mútuos, amparo as vivas dos companheiros e a socorros e despesas de funerais. Os componentes se tratavam de "irmãos", fossem companheiros, sócios, trabalhadores ou fâmulos.*
>
> *Houve "guildas" de tipo social chamadas guildas de paz ("peace guilds") e que são as mais antigas que se conhecem na história, pois são apontadas desde o século VI, como tradição da vida citadina do norte da Europa. Quanto aos objetivos, as guildas, quando profissionais, assumiram caráter corporativo Assim foram, por exemplo, as "trade gilds" ou guildas de comerciantes. Houve, porém, guildas militares, como a de Roeskild, fundada, sob a égide de S Canuto para defesa contra os "vikings".*
>
> *[...]Em 779 Carlos Magno proibiu as "diabólicas guildas dos saxões". Por sua vez o Concílio de Ruão, em 1189, condenou as guildas, "confrarias" de clérigos e leigos que se ajudavam em negócios, expondo seus componentes ao perjúrio".*

Assim, o desenvolvimento do direito comercial teve três grandes fases. A primeira, do século XII ao século XVIII, conhecida como período subjetivo do comerciante. A segunda fase, do século XVIII ao século XX, com a promulgação do Código Napoleônico de 1807 e os atos do comércio. E a terceira fase, com o Código Civil Italiano de 1942, que tem como núcleo o desenvolvimento da atividade empresarial, e a proteção da empresa teoria usada no Código Civil Brasileiro.

2.2 CONCEITO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA

Nos termos do Código Civil de 2002, o art. 981 prevê o contrato de sociedade, que é celebrado entre pessoas, físicas ou jurídicas, com o objetivo de unirem esforços para contribuir com bens e serviços para o exercício da atividade econômica e consequentemente partilhar os seus resultados, o lucro.

Durante sua elaboração, a personalidade jurídica foi entendida sob duas grandes teorias, a Teoria Negativista e a Teoria Afirmativista.

A teoria Negativista nega a existência da personalidade jurídica. Os estudiosos que apoiam essa corrente não reconhecem o Princípio da Autonomia e acreditam que somente as pessoas físicas são capazes de ter direitos e contrair obrigações. Assim, a pessoa jurídica, segundo a teoria Negativista, nada mais é do que um meio de expor a vontade de seus sócios. Nota-se que, nos dias de hoje, considerando a dinâmica empresarial e todas os mecanismos jurídicos que as empresas podem realizar, que a teoria negativista é muito limitada e não vai de encontro com os interesses dos sócios e da sociedade, portanto tem sido menos adotada na prática.

Já a teoria afirmativista, é mais próxima da realidade empresarial, e ainda, se divide em três teorias, (i) Teoria da Ficção, (ii) Teoria da Realidade Objetiva e (iii) Teoria da Realidade Técnica.

A Teoria da Ficção afirma que a pessoa jurídica não possui existência social, somente existência ideal proveniente de uma ficção jurídica.

A Teoria da Realidade Objetiva, por seu turno, não nega a existência social da pessoa jurídica e a considera como um organismo vivo e presente na sociedade, porém nega a ficção, a personalidade técnico-jurídica.

Finalmente, a Teoria da Realidade Técnica é uma soma das duas teorias anteriores, pois reconhece a existência da ficção técnico-jurídica, bem como a atuação social. Nota-se que o Código Civil brasileiro adotou a Teoria da Realidade Técnica em seu Livro II, na parte de Direito de Empresa.

A personalidade jurídica é adquirida com o registro do ato constitutivo no órgão competente. Todos os tipos societários preveem a aquisição de personalidade jurídica, exceto as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação[6]. No caso das sociedades simples, o registro para a constituição da sociedade, e a consequente aquisição de personalidade jurídica, é requerido no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas.

Já no caso da sociedade empresária, o registro deve ser requerido na Junta Comercial do estado em que empresa pretende instalar a sua sede. Importante ressaltar que, nos termos dos arts. 986 a 990 do Código Civil, enquanto a sociedade não obtém seu registro, rege-se pelas normas da sociedade não personificada.

A legislação, nesse sentido, é clara: só ocorre a separação entre pessoa física (sócios) e pessoa jurídica (sociedade) quando o registro é concedido pelo órgão competente. Para Fabio Ulhoa Coelho, a personalização da sociedade decorre do princípio da autonomia patrimonial, “que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade”.[7]

---

[6] São consideradas sem personalidade jurídica exatamente porque não possuem registro, sendo chamadas também de sociedades irregulares ou de fato.
[7] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16. v. 2.

Com a aquisição da personalidade jurídica, a sociedade passa a ser um ente jurídico preparado para adquirir direitos e contrair obrigações. Conforme capítulo anterior, a sociedade, assim, mantém sua própria individualidade e passa a responder por todas as obrigações que contrair, como, por exemplo, dívidas, impostos etc.. Ainda, a sociedade possui total autonomia para realizar operações societárias, alterar o seu tipo societário, realizar aumento de capital social, dentre outras matérias, com a devida aprovação dos sócios, a depender do quórum estabelecido em lei.

2.3 LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A limitação de responsabilidade é um instrumento fundamental para o desenvolvimento de algumas atividades empresariais. A separação patrimonial permite que somente o patrimônio da sociedade personificada responda pelas dívidas da sociedade e, salvo casos de confusão patrimonial, é esse mesmo patrimônio o utilizado em todas as operações de uma empresa.

O primeiro registro da previsão legal de uma sociedade de responsabilidade limitada foi na Alemanha, quando um projeto de simplificação societária decidiu, além de separar a pessoa física da pessoa jurídica, estabelecer a limitação de responsabilidade para os seus sócios ao capital integralizado na empresa. Percebeu-se que muitas pessoas preferiam guardar o dinheiro em vez de empreender devido aos riscos da responsabilidade ilimitada. José Waldecy Lucena afirma que, na Alemanha:

> "Os tipos de sociedade existentes não atendiam aos anseios e preocupações de grande faixa dos comerciantes, que não sendo portadores de vultosos capitais, nem querendo correr os riscos da responsabilidade ilimitada, não podiam, ou não lhes convinha, adotar a forma de sociedade anônima, de constituição difícil, dependente de autorização, dispendiosa e extremamente burocratizada. O ideal seria então um tipo social que, embora limitando a responsabilidade dos sócios, tal como a anônima, desta diferiria no entanto, na vedação da cessibilidade das quotas sociais a estranhos, na forma de constituição mais simplificada e na direção pessoal dos negócios sociais."[8]

[8] LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4

Já, no Brasil, esta modalidade foi implementada em 1919, quando o legislador criou as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Esta limitação, indiretamente, traz a socialização parcial do risco, uma vez que, se o limite do capital investido for atingido, os credores suportarão os prejuízos do negócio contraído. Parte-se da premissa de que a atividade empresarial traz um benefício para toda a sociedade[9]. Nesse sentido, como uma contrapartida, parte da sociedade, no caso os credores, arca com parte do prejuízo, além do sócio, que contribuiu ao integralizar capital na sociedade.

Nesse sentido, exige-se um mercado mais qualificado e disposto a assumir riscos, pois a justiça não deve a todo custo levar a responsabilidade ao sócio pelo simples fato da inadimplência. A lei e o Poder Judiciário devem garantir segurança jurídica para o exercício da atividade empresarial.

Em verdade, embora se esbarre em uma ótica um tanto maleável do ponto de vista dos economistas nacionais – que ora assumem um Estado mais intervencionista e protetivo, ora incentivam um mercado mais livre –, é bem verdade que uma relação jurídico-econômica mais madura aceita os riscos do negócio entre as partes e, confiante de que cada um agirá da melhor e mais leal forma possível, promove a economia. Quando tal premissa não se realiza, o Poder Judiciário, amiúde[10], é chamado a intervir.

A limitação de responsabilidade, então, surge de uma necessidade econômica para controle dos riscos societários provenientes do fomento da indústria e da tecnologia, que necessitavam de investimentos. Ela não é, ressalte-se, instrumento de irresponsabilidade no exercício profissional.

---

[9] Esse benefício se reflete, de maneira mais cristalina, na geração de empregos e na movimentação econômica, que beneficia, em rigor, todo o país.

[10] Não sempre, especialmente diante de um movimento cada vez mais intenso de arbitragens e mediações, que começam a deixar a esfera pública e administram um direito privado homologável pelo Poder Judiciário.

Esse reconhecimento pela sociedade e pelo Estado se justifica, pois existem fatores externos que não podem ser controlados pelo sócio. Os fatores da política e da economia podem ser facilmente alterados pelo Estado de forma a afetar diretamente as empresas. Nesse sentido, para fatores que não dependem do controle dos sócios, é justo que se crie uma proteção para incentivar e fomentar a atividade empresária, sendo que toda a sociedade é responsável por este sistema.

Tal proteção se monstra muito mais útil em países que possuem instabilidade política. Nas palavras dos professores Wilges Bruscatto e Leandro Modesto Rodrigues Jr., no artigo "A limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica após o novo código civil":

> "A responsabilidade ilimitada constitui a regra: quem se obriga, obriga o que é seu. Este princípio, como se sabe, não é absoluto, já que a própria lei tratou de excepcioná-lo. As exceções a essa regra, portanto, só são possíveis quando, expressamente, admitidas em lei. Nesses casos, o devedor se libera da obrigação quando entrega – por livre vontade ou mediante coação judicial ou legal - a seus credores, todos os seus bens destinados à satisfação de tais créditos, mesmo que não, integralmente, realizados."[11]

Nesses termos, os credores só conseguem atingir parte do patrimônio da empresa, vinculado ao valor investido pelos sócios. Como alternativa, os credores podem e devem se cercar de outros mecanismos jurídicos para garantir o cumprimento da obrigação, como por exemplo, penhor de quotas, alienação fiduciária de máquinas, hipoteca de imóveis, dentre outras garantias.

No entanto, a limitação de responsabilidade e a divisão do risco empresarial com os credores da sociedade podem ser usadas de forma abusiva, e os sócios acabam passando parte da responsabilidade de seu negócio para a sociedade.

No Brasil, a permissão da limitação de responsabilidade para os pequenos negócios prejudica a separação dos interesses da sociedade em relação aos

---

[11] BRUSCATO, Wilges, RODRIGUES JR., Leandro Modesto. **A limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica após o novo código civil**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2769#_ftnre8. Acesso em 11 jun 2018.

interesses pessoais dos sócios, e, ainda, não existe cuidado na formação do capital social da companhia, que seria a única garantia dos credores. Muitas vezes, o capital social da companhia não condiz com a realidade do empreendimento realizado, e os sócios se sentem confortáveis para se esquivarem da responsabilidade do negócio. Nota-se que tal situação não está presente na maioria das empresas do país e nem representa a maioria das situações comerciais, porém é uma realidade a ser observada.

Dois princípios norteiam a constituição do capital social: o Princípio da Realidade, que trata da necessidade de que todos os aportes realizados, destinados à conta de capital social, reflitam exatamente os valores aportados, seja em dinheiro (caixa), créditos ou bens. Por isso, a necessidade de que todos os valores subscritos sejam devidamente especificados e avaliados para que não se tenha uma distorção dos valores que possam servir de garantia a terceiros.

E o Princípio da Congruência, que se pauta na necessidade de que o valor do capital social seja compatível com a atividade desenvolvida, bem como sua extensão. No entanto, a legislação brasileira não possui regra para a fixação do capital social de acordo com a atividade desenvolvida. As exceções são valores obrigatórios destinados à reserva de capital, montante mínimo para as sociedades que geram grandes riscos a terceiros e a EIRELI.

Nas palavras de Ricardo Negrão:

> “Tais cuidados, na atual legislação, não são regra para as demais sociedades, resultando em dificuldades para apurar o real valor do capital da sociedade constituída, permitindo-se a inclusão de valores irreais e fantásticos e, com isso, toda espécie de fraude ao crédito de fornecedores e bancos. Embora tal prática seja considerada criminosa, somente é apurada em caso de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial (art. 168, IV, da Lei n. 11.101/2005), quando os sócios já se locupletaram e, provavelmente, não serão encontrados para prestar contas.”[12]

[12] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.333.

A situação comentada acima, acerca do problema da estrutura societária da lei, mostra-se cada vez mais presente e, às vezes, resulta em injustiças. A saída mais usada nestes casos, principalmente na seara trabalhista, é o uso da desconsideração da personalidade jurídica *por qualquer motivo*, pois há o objetivo de satisfazer o direito do empregado, algo que possui natureza alimentar, acima de qualquer outra proteção legal.

2.4 OBJETIVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conforme tratado acima, a autonomia patrimonial traz como consequência a separação dos bens dos sócios dos bens da sociedade. Assim, a pessoa jurídica age individualmente, respondendo pelos atos praticados por sua administração ou por seus procuradores. Washington de Barros Monteiro relata que a teoria da personalidade jurídica possui três princípios: “personalidade jurídica distinta de seus membros (*universitas distat a singulis*), patrimônio distinto, e vida própria”[13].

A validade dessa ficção jurídica, a Personalidade Jurídica, fica condicionada ao seu uso correto e legal, com a finalidade de fomentar a atividade que está descrita no objeto social, cumprindo todas as regras societárias, relacionadas à governança, como, por exemplo, as aprovações prévias, a constituição de procuradores, bem as como regras contábeis, que tratam das aplicações dos valores integralizados, lançamentos contábeis corretos e a realização de operações societárias que reflitam a realidade contábil. Essas atitudes têm o objetivo de evitar os requisitos que caracterizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Atendidos a esses requisitos, em tese o Código Civil protegeria os empresários. Ocorre que o Direito Trabalhista rejeita tal entendimento.

Entretanto tal proteção não pode ser infinita. Nesse sentido, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com a finalidade de proteger e corrigir os atos de abuso da Personalidade Jurídica. Por meio desse instituto

---

[13] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, 2002 apud MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1., p. 101

jurídico, é possível desprezar a autonomia patrimonial que existe entre os sócios e a sociedade para atingir o patrimônio dos sócios com o objetivo de se cumprir uma determinada obrigação sem afetar as demais prerrogativas que a pessoa jurídica possui.

Nota-se que o objetivo não é acabar com a pessoa jurídica, que deve continuar existindo para desenvolver a sua atividade. A pessoa jurídica deve responder e sofrer apenas o necessário para a satisfação do crédito com base no Princípio da Menor Onerosidade[14]. O principal objetivo é atacar um fato específico e isolado decorrente de uma manobra fraudulenta que necessita do uso da desconsideração da personalidade jurídica para corrigir e reparar um dano que foi causado a um terceiro.

Ressalte-se que um ato ilícito pode ter consequências diversas, inclusive em outras esferas, como a Penal. De fato, a desconsideração servirá, inicialmente, para reparar um ou outro prejuízo ou para satisfazer certo crédito, o que não impede que outras ações, se pertinentes, sejam tomadas para punir abusos.

Em relação às demais atividades e providências de rotina, a pessoa jurídica não será afetada e poderá seguir sua rotina de negociar com fornecedores e prestadores de serviços, contratar funcionários, prestar serviços ou vender os seus produtos. Trata-se de uma fase do período de existência da sociedade em que a pessoa do sócio pode ter o seu patrimônio atingido como se não existisse o pressuposto da separação de patrimônio. E, em tese, apenas em razão de conduta legalmente tipificada como punível (art. 50 do Código Civil).

Neste sentido, o Prof. Fabio Ulhôa Coelho reforça a tese que o principal objetivo da desconsideração da personalidade jurídica é “possibilitar a coibição de

---

[14] Nos termos do art. 805 do CPC: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.
Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

fraude, sem comprometer a própria pessoa jurídica, sem questionar a separação existente entre a sua personalidade e patrimônio em relação aos seus membros”[15].

Em uma decisão judicial que trata da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz, em sua decisão, possui a prerrogativa para aplicar as regras de separação patrimonial visando a corrigir o dano causado pela fraude apresentada no caso concreto. Nesse sentido, as decisões que tratam da desconsideração da personalidade jurídica não buscam (ou não deveriam buscar) invalidar o ato constitutivo nem realizar a dissolução, mas atacar somente o ato jurídico apresentado para a satisfação de algum credor. O cumprimento da obrigação, por um sócio, em face de decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica, não cria precedente nem permite a aplicação a outros casos que buscam a satisfação de um crédito. Cada caso deve ser analisado pelo poder judiciário para verificar se estão presentes os requisitos formais da desconsideração da personalidade jurídica.

O Código Civil Brasileiro trouxe, para essa discussão, uma nova sistemática para a aplicação da teoria, chamada pelo prof. Fabio Konder Comparato e por outros doutrinadores de Concepção Objetiva da Teoria da Desconsideração. O prof. Carlos Roberto Gonçalves cita em suas obras a seguinte definição:

> “Segundo a concepção objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, precipuamente, na confusão patrimonial. Desse modo, se pelo exame da escrituração contábil ou das contas bancarias apurar-se que a sociedade paga dividas dos sócios, ou este recebe créditos dela, ou inverso, ou constata-se a existência de bens de sócios registrados em nome da sociedade, e vice-versa, comprovada estará a referida confusão.”[16]

Em resumo, com base nas ideias e conceitos acima, a desconsideração da personalidade jurídica consiste em uma previsão legislativa, existente em vários ordenamentos jurídicos, em que, diante do caso concreto, a parte lesada por uma

---

[15] Muniz, Livia Gomes, 2011 apud COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2, p. 35.
[16] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10 E/d. São Paulo: Saraiva, 2012. p.252.

fraude patrimonial pode recorrer ao juiz de direito para que as prerrogativas da personalidade jurídica de uma determinada sociedade sejam desconsideradas, de forma específica e temporária, para o combate da fraude ou do abuso patrimonial que prejudicou o credor, com o objetivo de se criar uma responsabilização dos sócios para que estes respondam com o seu patrimônio pessoal.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1.1 Conceito

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica é semelhante aos princípios da teoria da desconsideração desenvolvida nos tribunais dos Estados Unidos e da Europa.

Assim, é um instrumento jurídico usado somente pelo judiciário e de forma excepcional. Deve(ria) ser aplicado apenas com base em pressupostos concretos, pois busca inibir a utilização abusiva da separação existente entre sócio e a sociedade. O deferimento da desconsideração trará a imputação de atos praticados pela pessoa jurídica aos sócios, que deverão responder com o seu patrimônio pessoal.

A teoria maior reúne pontos já consolidados pela doutrina, e consequentemente, não existe uma grande divergência. Contudo, nos tribunais da Justiça do Trabalho, alguns aspectos desta teoria não são tratados de forma congruente, o que resulta em uma diversidade de opiniões e de decisões judiciais. Conforme adiantado acima, a Justiça do Trabalho considera prioridade a satisfação do crédito trabalhista.

Em outras palavras, alguns tribunais se dão liberdades de interpretação um tanto ampla e pautada em analogias não exatamente pertinente, ampliando as ferramentas do magistrado para a resolução forçosa da lide em favor do reclamante. Tal postura evidencia o desencontro entre a Lei e a Jurisprudência.

Alguns pontos deste desencontro merecem destaque[17]:

(i) a responsabilidade dos administradores sócios ou não sócios;

(ii) a subsidiariedade na responsabilidade dos sócios;

(iii) a confusão entre dispositivos legais que tratam da desconsideração e os dispositivos legais que tratam da responsabilidade dos administradores;

(iv) a responsabilidade direcionada apenas ao sócio que pratica o ato ilícito

Os pontos acima são a base para determinar os limites de análise da teoria maior, com o objetivo de facilitar o entendimento das situações em que essa teoria possui divergências, conforme abaixo.

3.1.2 A Reponsabilidade dos Administradores sócios ou não sócios

A desconsideração da personalidade jurídica possui o objetivo de atingir as pessoas físicas que utilizam a ficção da personalidade jurídica *com o intuito de ferir direitos de terceiros*. A teoria, de início, prevê a desconsideração em face de abuso apenas por parte dos sócios, visto que eles são os beneficiários diretos da separação patrimonial e poderiam utilizar-se deste pressuposto de forma abusiva.

A relação dos administradores não sócios com a sociedade, por seu turno, é totalmente distinta da relação exercida entre os sócios e a sociedade. Os administradores executam as orientações dadas pela pessoa jurídica por meio do contrato social ou do estatuto social. E os sócios, por sua vez, são responsáveis por formar as vontades da pessoa jurídica por meio da alteração do contrato social ou da Assembleia Geral.[18]

Os sócios, ao decidirem constituir uma sociedade, após registro do ato societário no órgão competente irão adquirir uma série de direitos e obrigações. De início, os sócios possuem a obrigação de integralizar o capital que foi subscrito, seja

---

[17] Conforme: PIERONI, Claudio Giovanni. **Aplicação no Processo do Trabalho do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil**. Fev. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58535. Acesso em 12/06/2018.

[18] A Lei das S.A. e o Código Civil já tratam da responsabilidade atribuída ao administrador em caso de abuso. Nesses casos, não há de se falar em desconsideração – nem impunidade.

no momento da constituição ou durante as atividades da sociedade, nos termos do contrato social ou do boletim de subscrição. Caso o sócio não cumpra esta obrigação, será considerado um sócio remisso, pois possui um débito com a sociedade. Após notificação, o sócio ficará constituído em mora, respondendo por perdas e danos.[19]

Ainda, os sócios possuem algumas responsabilidades, como a responsabilidade solidária pela integralização do capital social. Neste sentido, caso algum nos sócios não realize a integralização de capital na sociedade, qualquer sócio pode ser responsabilizado pela integralização de capital[20]. No caso da sociedade limitada, os sócios respondem solidariamente pela avaliação dos bens conferidos ao capital social da sociedade, podendo responder por indenizações decorrentes desta integralização fraudulenta[21].

Em um campo contencioso, o sócio pode ser alvo da desconsideração da personalidade em qualquer área do direito, caso seja identificado confusão patrimonial ou desvio de finalidade, respondendo com o seu patrimônio pessoal.

O administrador é eleito pela maioria dos sócios para as exercer atividades administrativas da sociedade. No Brasil, a administração é personalíssima e não pode ser transferida a terceiros. O administrador deve agir de forma independente, mesmo que ele tenha sido eleito pelo controlador. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica se preocupa com o momento que o administrador está exercendo as atividades do dia a dia, pois este poder delegado ao administrador pode gerar abusos.

---

[19] Nos termos do art. 1.004 do Código Civil: “Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.
Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

[20] Art. 1.052 do Código Civil: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

[21] Art. 1.055 do Código Civil. “O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.
§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”.

Um exemplo desta divergência é o encontrado em um acórdão do ano 2017. Os desembargadores da 1ª turma do TRT da 2ª região confirmaram o entendimento do juiz de 1º grau e julgaram um pedido de desconsideração da personalidade jurídica com base no art. 50 do Código Civil, contrário ao entendimento majoritário do TRT da 2ª Região. Desta decisão, verificaram-se dois pontos: (i) a possiblidade de administrador não sócio ser objeto da desconsideração da personalidade jurídica e (ii) a necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 50 do Código Civil. Vejamos:

> "Pretende o autor a inclusão de pessoa física administradora, não sócia, das reclamadas TOLEDO FINANCE e LEO PARTICIPAÇÕES no polo passivo.
>
> Atente a parte que o fundamento legal para inclusão de administrador no polo passivo vem prescrito no artigo 50 do Código Civil, o qual se filia à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.
>
> Nestes termos, a inclusão de administrador não sócio no polo passivo depende da demonstração dos requisitos para desconsideração, insertos no citado verbete legal civilista. Ocorre que o autor não faz qualquer prova do preenchimento dos citados requisitos, razão pela qual indefiro a inclusão da administradora no polo passivo."[22]

O desvio de finalidade, que é um dos pressupostos da desconsideração, pode estar presente tanto na constituição quanto durante as atividades da sociedade. Desta forma, entende-se que é possível a aplicação da desconsideração para os sócios e para os administradores.

Ainda, o art. 50 do Código Civil, trouxe de maneira clara a possiblidade de aplicação aos administradores, independentemente do método de contratação, ponto que fortalece esta imputação de responsabilidade.

---

[22] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Desconsideração com base no art. 50 do Código Civil. Agravo de Petição: Processo nº 0001244-12.2015.5.02.0016. Wellington Inácio da Silva e Allpac Ltda. e outros. Relator: Alcina Maria Fonseca Beres. São Paulo, 27 mar. 2017. **Portal de Jurisprudências do TRT da 2ª Região**. Disponível em: https://consulta.pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=205298&p_grau_pje=2&p_seq=1244&p_vara=16&dt_autuacao=10%2F08%2F2017&cid=58144. Acesso em 28 mai. 2018.

3.1.3 A subsidiariedade na responsabilidade dos sócios

Outro ponto importante é o momento em que que o sócio deve ser responsabilizado caso seja verificado o abuso e consequentemente, aplicar-se-á a desconsideração da personalidade jurídica.

Uma parte da doutrina defende que o patrimônio do sócio só pode ser atingido quando são exauridos todos os bens da sociedade, ou seja, é sustentada uma subsidiariedade da responsabilidade dos sócios.

Para o prof. Fabio Ulhoa Coelho, esse princípio é “derivação do princípio da autonomia patrimonial”, visto que os bens dos sócios serão executados somente após a execução dos bens da sociedade[23]. Há, assim, a existência de um benefício de ordem. Essa subsidiariedade reforça a proteção ao patrimônio dos sócios e dá mais segurança a eles para a constituição de uma sociedade e o exercício da atividade econômica.

Neste sentido, o Enunciado nº 281, da IV Jornada de Direito Civil estabeleceu que “a aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”[24].

Tal teoria pode ser abusiva e prejudicial à sociedade, pois conforme descrito neste trabalho, quando identificado o abuso, primeiramente, a sociedade é responsabilizada. Caso não seja suficiente, o sócio será responsável por reparar terceiros. Esta atitude implica no encerramento das atividades da empresa, já que os sócios perdem o valor investido na sociedade, mas, por outro lado, garantem a proteção patrimonial pessoal.

---

[23] Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 206. v. 1.

[24] Conforme: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, 2007. p.37. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf. Acesso em 6 jun 2018.

Existe outra parte da doutrina que defende a não preferência na execução dos bens sociais, o que acarreta a execução dos bens dos sócios logo após a comprovação do mau uso da pessoa jurídica.

A desconsideração tem como objetivo descaracterizar a personalidade jurídica para atingir especificadamente a pessoa que praticou o ato de abuso. Assim, não se vê sentido em exaurir o patrimônio da sociedade para que se atinja o patrimônio dos sócios.

A desconsideração foi criada para justamente permitir a continuidade das atividades sociais. Dessa forma, se a desconsideração prescindir da demonstração de insolvência, para os credores, a busca do recebimento do crédito excluiria necessariamente a continuidade das relações comerciais, pois a sociedade não teria recursos suficientes para continuar desenvolvendo o seu objeto social.

O art. 1.024 do Código Civil, com a disposição de que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”, não se aplica ao caso da desconsideração, pois a desconsideração da personalidade jurídica é um fato isolado, que busca responsabilizar diretamente o sócio ou o administrador. Este artigo tem a intenção de preservar a separação de patrimônio.

É certo que o artigo acima possui aplicação quando existe a personalidade jurídica e a consequente separação do patrimônio da sociedade e do patrimônio dos sócios. No entanto, quando a desconsideração é decretada, tal regra não se aplica mais, considerando que a personalidade jurídica está momentaneamente sem eficácia.

Com base nas explicações acima, pode-se concluir que quando aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade dos sócios e dos administradores não pode ser considerada subsidiária com a intenção de preservar a continuidade das atividades da empresa.

3.1.4 A confusão entre os dispositivos legais que tratam da desconsideração e os dispositivos legais que tratam da responsabilidade dos administradores.

O ordenamento jurídico brasileiro possui vários dispositivos que tratam da responsabilidade dos sócios e da responsabilidade dos administradores caso ocorra alguma atitude ilícita durante a atividade empresarial.

Ressalta-se que esta responsabilização pode ocorrer por motivos diferentes e com embasamentos jurídicos distintos. Existem normativos que visam a responsabilização de pessoas físicas por meio da desconsideração da personalidade jurídica, que consiste em ultrapassar o véu da personalidade para a correção de um ato ilícito isolado praticado pelo sócio ou pelo administrador.

Ainda, a responsabilização do sócio ou do administrador pode ocorrer por meio de outros normativos que não exigem a desconsideração da personalidade jurídica, pois já possuem previsão legar expressa para a responsabilização direta.

O professor Fabio Ulhoa Coelho usa o termo “pressuposto de ilicitude” para tratar desta diferenciação. Parte-se do pressuposto de que só existe a desconsideração se a personalidade jurídica estiver sendo usada de forma prejudicial aos terceiros.[25]

Dessa forma, a desconsideração irá ocorrer quando o ato ilícito é praticado legalmente pela pessoa jurídica, porém, na prática, quem praticou o ato foi o sócio ou administrador, que usou a pessoa jurídica de forma abusiva. Por exemplo, a transferência de valores não declarados da conta corrente da sociedade para a conta corrente do sócio com o objetivo de fraudar credores, caracterizando a confusão patrimonial.

Em artigo de Fredie Didier Jr., este raciocínio é confirmado na passagem abaixo:

---

[25] Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43. v. 2.

> "É importante frisar, curiosamente, que a aplicação da teoria da desconsideração pressupõe a prática de atos aparentemente lícitos (ao menos aparentemente). Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica. Como visto, o método da desconsideração caracteriza-se por ser ela casuística/episódica."[26]

Os casos previstos em lei sobre o abuso do poder de controle são claros no sentido de que a responsabilização dos administradores não ocasiona a desconsideração da personalidade jurídica, pois não há a necessidade de "levantar o véu" da personalidade jurídica para atingir os responsáveis pelo ato ilícito.

A Lei das S.A. faz essa separação de maneira clara em seu art. 117, que determina a responsabilidade do acionista em caso de abuso do poder de controle, criado com o objetivo de preservar os interesses dos minoritários e evitar abusos do acionista controlador. Ainda, no § 1º, são elencadas, de forma taxativa, as situações de abuso que geram responsabilidade ao controlador. [27]

---

[26] DIDIER Jr., Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Fev. 2012. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf. Acesso em 12/06/2018.

[27] Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

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

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

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

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

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

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

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

A mesma didática ocorre para o art. 158 da Lei das S.A., que trata da responsabilização dos administradores na esfera cível, caso ele traga prejuízos à sociedade durante o seu período de gestão. Em regra, o administrador não é responsável pelos atos realizados em prol da sociedade desde que ocorram de forma regular, porém o administrador responde civilmente se estes atos forem realizados com culpa ou dolo, ou ainda, com violação da lei ou do estatuto.[28]

Ainda, o art. 159 da Lei das S.A. permite o ajuizamento de ação de responsabilidade civil em face do administrador, seja pela Companhia ou seja por terceiros que se sentiram lesados.

A responsabilização do administrador pelos atos praticados além do determinado no estatuto social é feita sem caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica. O administrador será responsável quando agir além do que está determinado e causar prejuízos a terceiros. De acordo com a teoria da aparência, a sociedade responderá perante terceiros, porém terá direito de regresso nos termos da lei.

A aplicação da desconsideração para a responsabilização dos administradores ocorre com muita frequência, visto que o ordenamento jurídico possui diversos artigos que tratam desta responsabilização. No entanto, a aplicação direta da responsabilidade do administrador não é muito explorada, pois exige maior produção de provas e comprovação da responsabilidade.

---

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

[28] Art. 158 da Lei nº 6.404/76: “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

Na Justiça do Trabalho, o uso da teoria menor (que será analisado adiante), ignora toda a análise de responsabilidade. Apenas a insolvência da sociedade gera a responsabilidade dos sócios e administradores, sem a diferenciação das funções estabelecidas em lei.

Com as explicações acima elencadas, é claro que a responsabilização dos administradores de forma direta, nos termos da lei, não se confunde com os casos de desconsideração da personalidade jurídica.

3.1.5 A responsabilidade direcionada apenas ao sócio que pratica o ato ilícito

Este é um ponto importante com decisões judiciais extremamente divergentes. A principal questão é analisar que, caso seja desconsiderada a personalidade jurídica, todos os sócios serão responsáveis pela prática do ato ilícito ou somente aquele sócio que estava envolvido no ato praticado.

De acordo com os princípios básicos do Código Civil, não há dúvidas de que somente os sócios que praticaram o ato ilícito devem ser responsabilizados. A desconsideração busca atingir a reparação de ato específico e não faz sentido responsabilizar todos os sócios da sociedade.

Neste sentido, se for verificado que o sócio minoritário se valeu da pessoa jurídica para praticar atos ilícitos e prejudicar terceiros, com base no devido processo legal e oportunidade para o contraditório e ampla defesa, somente esse sócio deve responder com o seu patrimônio, caso a desconsideração seja deferida. Não há motivo para o sócio majoritário responder por este ato. Neste sentido, é fundamental que se faça uma profunda investigação para verificar o responsável.

Conforme adiantado acima, não é rara a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem esta investigação e com a consequente execução dos bens de todos os sócios. Do ponto de vista do credor, é mais eficaz, pois aumenta as chances de recebimento do crédito, visto que mais credores responderão. Porém, este tipo de decisão judicial pode acarretar prejuízos aos demais sócios e

comprometer a continuidade das atividades da sociedade. O sócio prejudicado pode se valer do direito de regresso para requerer indenização do sócio que cometeu o ato ilícito. No entanto, terá de arcar com todos os custos de um processo judicial para discutir tal direito.

A esse respeito, leia-se o enunciado nº 7, da I Jornada de Direito Civil que confirma que “só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.[29]

Com base nas explicações acima, não há dúvida de que somente o sócio que praticou o ato ilícito se valendo da pessoa jurídica deve responder por prejuízos caudados a terceiros.

3.1.6 Procedimento

A teoria maior busca punir, de forma específica, somente os sócios que usaram a personalidade jurídica da sociedade de forma abusiva. Em inglês, usa-se o termo *piercing the corporate veil* ou *lifiting the corporate veil*. Em tradução literal significa perfurar o véu societário ou levantar o véu societário. Parte-se do pressuposto de que a sociedade possui um véu com a finalidade de separar os sócios da própria sociedade. Assim, a desconsideração tem a finalidade de quebrar essa barreira para atingir o patrimônio das pessoas que estão atrás desse véu.

O termo adotado no Brasil – desconsideração da personalidade jurídica – possui o mesmo objetivo. No caso concreto, a maioria dos casos da justiça do trabalho aplica a responsabilidade diretamente aos sócios como se esse véu societário não existisse.

---

[29] Conforme: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V - enunciados aprovados. Brasília, DF, 2012. p.17. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em 6 jun 2018.

Vale ressaltar que a desconsideração só pode ser exercida no Poder Judiciário. Nesse sentido, restam dúvidas se a aplicação da desconsideração pode ser feita diretamente pelos juízes (*ex officio*) ou depende do requerimento das partes ou do ministério público.

O art. 50 do Código Civil deixa claro que a desconsideração depende do requerimento da parte. Afinal, o instituto da desconsideração deve ser usado em caráter excepcional.

O entendimento de Rubens Requião é no sentido de que a personalidade jurídica

> "há de ser aplicada com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Sua aplicação terá que ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio de finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios."[30]

Nos termos do novo Código de Processo Civil e segundo o entendimento de alguns doutrinadores antes mesmo da promulgação deste Código, a desconsideração não depende de um processo autônomo e pode ser instaurada por um incidente processual, que será analisado no próximo capítulo.

Por fim, para a aplicação da desconsideração, mostra-se importante atacar somente o caso concreto sem a busca da liquidação da pessoa jurídica, bem como se valer de decisão judicial e, por último, a desconsideração não pode ser deferida de ofício pelo juiz e depende do pedido da parte ou do ministério público, com o detalhe de que não necessita de processo autônomo.

3.1.7 Parâmetro para delimitar a teoria maior e o uso de conceitos amplos para justificar a desconsideração

Mesmo que a doutrina mais conservadora recomende determinar com precisão os casos em que a desconsideração se aplica, a pesquisa jurisprudencial

---

[30] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 571. v.1.

sobre o assunto mostra divergência. A verdade é que nunca houve um critério para a aplicação da desconsideração que fosse adotado pela jurisprudência de forma unânime. A redação do art. 50 (mesmo mais restritiva) permite a liberdade [31]de aplicação e a interpretação do caso concreto.

Com exceção de algumas matérias que possuem dispositivos específicos para tratar da desconsideração, os juízes podem analisar o caso concreto e interpretar a desconsideração de acordo com a livre convicção. Dessa forma, os magistrados não adotam limites para a aplicar a desconsideração, o que acarreta extrema insegurança para o empresariado, já que o abuso da personalidade jurídica é deferido em demandas judiciais que não mostravam os mínimos requisitos.

O art. 50 possui requisitos que permitem balizar quando existe a necessidade da aplicação da desconsideração:

> "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." (grifo do autor)

Nota-se que os principais pilares do art. 50 para caracterizar o abuso da personalidade jurídica são o "desvio de finalidade" e a "confusão patrimonial". Dessa forma, caso o art. 50 seja seguido de forma literal, põe fim ao uso discricionário do instituto.

A questão do desvio de finalidade não é detalhada pela lei, o que permite alinhar ao caso concreto o uso de critérios abrangentes, que causam uma diferente interpretação pelos juízes, já que cada um tem sua própria convicção sobre o que caracteriza o desvio de finalidade de uma empresa.

---

[31] Talvez não a liberdade de que se investe a Justiça do Trabalho, mas há certa liberdade anotada.

O uso de cláusulas abertas pelo legislador demonstra que não é possível prever e regular todas as situações que ensejam a aplicação de algum instituto jurídico, o que exige dos advogados e dos juízes uma interpretação justa e racional com base no Princípio da Menor Onerosidade. Porém, notam-se irregular aplicação de pedidos e decisões imprecisas, o que acarreta a inclusão de situações não aceitas pela doutrina e que não estão alinhadas com a intenção do legislador.

É claro que o legislador, ao criar o art. 50, deixou uma cláusula aberta, pois não seria possível prever todas as situações de aplicação da desconsideração. Neste sentido, preferiu-se não incluir essas causas justamente com o receio de deixar diversas situações de fora e engessar a aplicação da norma.

A intenção prevista pelo legislador não permite aos juízes aplicar a desconsideração em qualquer caso. Existem critérios que devem ser respeitados. É essencial a devida fundamentação com o objetivo de trazer mais conforto e parâmetros claros aos sócios e administradores. Assim, o instituto da desconsideração precisa ser usado com parcimônia.

Se, por um lado, o legislador trouxe, para caracterizar o abuso da personalidade jurídica, o “desvio de finalidade” e a “confusão patrimonial”, procurando parâmetros para a interpretação da norma, por outro lado não elencou os motivos que ensejam a desconsideração com a intenção de não engessar a sua utilização.

3.1.8 Hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica

Conforme comentado neste capítulo, a lei não elenca as hipóteses que ensejam a desconsideração. Contudo, alguns doutrinadores trataram de fazer essa classificação. A mais usada e conhecida é a classificação de Calixto Salomão Filho.[32]

---

[32] SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 244-251.

Calixto classifica da seguinte forma: (i) desconsideração para fins de responsabilidade; (ii) desconsideração para a atribuição de norma.

A primeira hipótese é a mais comum, por meio da qual se pretende responsabilizar a pessoa que realizou a infração, já que a pessoa jurídica foi usada de maneira abusiva para que outra pessoa realizasse um ato ilegal.

Os exemplos práticos citados são: a confusão de esferas. Ocorre quando a estrutura societária ou o patrimônio da sociedade não possuem uma clara separação da pessoa do sócio. Esse exemplo mostra uma infração à finalidade da pessoa jurídica, já que desconsidera o véu que separa a sociedade dos sócios.

Nota-se que o caso acima é exatamente a definição de confusão patrimonial do art. 50 do código civil. Para alguns doutrinadores, nem haveria a necessidade desta inclusão, visto que o desvio de finalidade já engloba a confusão patrimonial.

O conceito da confusão patrimonial deve ser analisado com cuidado, pois pode ocorrer em algumas empresas (principalmente familiares) de forma leve, sem prejuízos a terceiros, que não caracteriza a confusão patrimonial, não cabendo a sua aplicação. Exemplo disso ocorre quando o sócio recebe uma antecipação de dividendos para honrar as suas contas pessoais ou transfere parte do estoque de uma empresa para outra.

A subcapitalização da sociedade também é um indício de desconsideração e uma forma de fraudar credores, pois, em regra, a lei não impõe um valor mínimo para o capital social e os sócios são livres para decidir qual será o capital social da sociedade.[33]

Essa liberalidade abre possibilidade para que os sócios definam um capital social abaixo do valor que condiz com os investimentos e a atividade da sociedade com o objetivo de reduzir a exposição a algum tipo de responsabilidade. Os aportes podem ser realizados de diversas formas, como por exemplo, um simples mútuo ou

---

[33]Exceção feita para EIRELI, nos termos do art. 980-A, caput, do Código Civil, que exige um capital social mínimo de cem salários mínimos devidamente integralizado.

a emissão de debêntures. Ainda, os sócios conseguem exigir garantias que facilitam o recebimento em caso de inadimplência da sociedade.

Stefano Donassolo em seu trabalho de conclusão de curso apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul com o tema “A Subcapitalização como fundamento para a Desconsideração da Personalidade Jurídica” cita um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o assunto.

A sociedade limitada “Parque Temáticos Administração Ltda.”, que possuía um capital social de R$ 900,00 e o seguinte objeto social: “administração, operação, coordenação, controle e gerenciamento de empreendimentos imobiliários, podendo ainda participar em outras sociedades como sócia ou acionista” possuía uma dívida no valor de R$ 4.000.000,00. Tal dívida era detida pela sociedade “Parque Temáticos S.A.”, com capital de R$ 100.000.000,00 e o seguinte objeto: “incorporação, instalação e operação de um parque de diversões”, empresa coligada da “Parque Temáticos Administração Ltda.”, com os mesmos sócios e administradores.

O relator do caso aplicou a desconsideração da personalidade jurídica com o fundamento de que a contratação da dívida pela “Parque Temáticos Administração Ltda.” com o capital irrisório demonstra abuso com a finalidade de causar prejuízo a terceiros. Segue abaixo trecho da decisão:

> “A confusão patrimonial salta aos olhos. A manobra utilizada pelas sociedades, cuja estrutura social é praticamente a mesma, revela-se injustificável, mormente quando se verifica que uma sociedade de capital ínfimo, nos autos de uma concordata requerida por “sociedade diversa”, assume o pagamento de quantia de tamanho vulto.”[34]

Por fim, há o abuso da forma, que pode ser individual e institucional. O individual refere-se ao caso em que o objetivo é usar a pessoa jurídica para fraudar um terceiro. Já o institucional é quando há o uso distorcido da responsabilidade

---

[34] DONASSOLO, Stefano, 2011 apud RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2008.002.20061. 18ª Câmara Cível. Relator: Rogério de Oliveira Souza, j. Oct. 2008. p. 173/179.

limitada de determinada sociedade. Nesse exemplo, todos os credores podem requerer a desconsideração.

Uma segunda hipótese é a desconsideração para atribuição de normas. É quando se atribui ao sócio normas que são aplicáveis somente à pessoa jurídica com a consequente quebra da personalidade.

O clássico exemplo é um sócio que possui uma obrigação de não fazer, mas cria uma sociedade que faz exatamente aquilo que o sócio estava proibido. Este tipo de previsão é útil para regular os atos na sociedade unipessoal, pois há grande relação entre sócio e sociedade.

Mesmo o art. 50 do Código Civil não tratando da desconsideração para atribuição de normas, tal fato não resulta em sua inaplicabilidade, pois busca evitar a criação novas sociedades que serão usadas para quebrar alguma imposição legal.

Ainda, existe a previsão da desconsideração da personalidade jurídica inversa, na qual o sócio usa a pessoa jurídica para fraudar credores, bem como a desconsideração em benefício do sócio, que é restrito às sociedade unipessoais.

3.1.9 Conclusão

Este capítulo procurou mostrar com detalhes em quais situações a desconsideração pode ser aplicada com base na teoria maior. Se tais critérios fossem aplicados no judiciário, resultaria em uma menor banalização deste instituto.

Ainda, mostrou-se fundamental a separação da pessoa jurídica e da pessoa física para que a sociedade consiga executar o seu objeto social e tenha controle sob sua atividade.

Por outro lado, não se pode ser inerte em relação aos abusos que os sócios causam a terceiros, valendo-se da personalidade jurídica que a sociedade possui.

Desse modo, o caso concreto deve ser verificado com cautela e de forma cirúrgica, pois tal violação afeta não só terceiros, mas a própria sociedade.

A teoria maior procura incentivar o empreendedorismo e trazer segurança aos empresários, ao passo que delimita as causas que ensejam a desconsideração. Assim, em busca de um equilíbrio, ao mesmo tempo em que a teoria incentiva a atividade empresarial e protege a personalidade jurídica, também traz o instituto da desconsideração para evitar abusos.

Nesse sentido, para que a teoria cumpra seu objetivo, nos termos do art. 50 do Código Civil, o foco deve ser nos casos em que ocorre abuso na estrutura societária com o consequente desvio de finalidade. Se ocorre o fato antijurídico, porém não há abuso na estrutura societária, sem o desvio de finalidade e sem afetar terceiros, não se pode tratar da desconsideração.

É importante que se observem os requisitos processuais da autorização judicial para a desconsideração, pois o instituto que foi criado para trazer segurança à sociedade e atacar somente o ponto de abuso. Se realizado de maneira incorreta, pode trazer total desequilíbrio e insegurança jurídica à sociedade e os sócios. É o caso do deferimento de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte com base na insolvência da sociedade.

Portanto, para fins de análise deste capítulo, a aplicação correta da teoria maior será considerada quando forem observados os pressupostos elencados acima, que analisam o abuso da personalidade jurídica e danos a terceiros.

3.2 TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.2.1 Conceito

A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica visa ao mesmo objetivo da teoria maior: responsabilizar os sócios ou os administradores da sociedade por algum ato que a sociedade realizou formalmente. Nesse sentido,

devem ser observados os mesmos cuidados sobre a personalidade jurídica, bem como a importância da correta aplicação da desconsideração.

No entanto, a aplicação da teoria menor constitui maior perigo à preservação da personalidade jurídica. Na teoria menor, diferente da teoria maior, não existe qualquer tipo de limitação ou análise do desvio de finalidade, basta a demonstração de insolvência da sociedade como o único requisito para a superação da personalidade jurídica e a consequente execução dos bens dos sócios e dos administradores.

O prof. Fabio Ulhoa Coelho reforça a definição acima:

> "Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente às sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso na forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível a sociedade."[35]

Portanto, a teoria menor da desconsideração na personalidade jurídica é o instrumento usado pelo poder judiciário para executar os bens dos sócios e dos administradores, caso a sociedade não possua patrimônio suficiente para arcar com suas dívidas.

Em comparação com os requisitos que foram elencados acima para a aplicação da teoria maior, nota-se que a teoria menor pode ser aplicada com extrema facilidade, contrariando, inclusive, as disposições da CLT, visto que o requisito da insolvência é amplo e pode estar presente em diversas sociedades.

---

[35] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47. v. 2.

Dessa forma, os juízes possuem um “coringa” para a aplicação da desconsideração por meio da teoria menor e conseguem a execução dos bens dos sócios e administradores para saldar as dívidas da sociedade.

Adiante será analisado como esta teoria coloca em discussão o fim da limitação de responsabilidade dos sócios e a continuação das atividades da pessoa jurídica.

Seu funcionamento possui a mesma dinâmica da teoria maior. Existe somente a suspensão temporária da personalidade jurídica para a correção do ato de abuso que foi verificado. Também, assim como na teoria maior, a aplicação da teoria menor é realizada somente pelo poder judiciário, não sendo possível sua aplicação em outras esferas estatais.

Sobre a aplicação *ex officio*, não aplicável na teoria maior, existe divergência e parte da doutrina sustenta sua aplicação na teoria menor.

A teoria menor da desconsideração possui um de seus principais fundamentos espelhados no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28. Em um trecho lê-se que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica”, portanto, alguns autores defendem que na área consumerista é possível a aplicação de ofício pelo juiz, e também, na área trabalhista, que se pauta na vulnerabilidade e na hipossuficiência.

É o que diz o procurador Leonardo de Medeiros Garcia em seu artigo “Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo”:

> “Inicialmente é válido esclarecer que nas relações de consumo a decretação da desconsideração da personalidade jurídica poderá ser de ofício. A Constituição Federal no artigo 5°, XXXII, disciplina que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Assim, a própria Constituição reconheceu a vulnerabilidade do consumidor como marca fundante da proteção. Isso porque quando a Constituição previu no artigo 5º, XXXII, que o Estado deverá promover a “defesa do consumidor”, é porque reconheceu que este indivíduo se apresenta vulnerável frente ao

> outro parceiro contratual (no caso o fornecedor, expert da relação).”[36]

A justiça do trabalho, por analogia, em defesa à hipossuficência do trabalhador e à celeridade do processo trabalhista faz uso desta previsão legal para a aplicação da teoria menor. Por outro lado, considerando a importância do instituto e suas consequências, somada com a falta de previsão legal expressa, conclui-se que a desconsideração não deve ser aplicada de ofício na esfera trabalhista. A aplicação do art. 28 deve ser limitada aos casos consumeristas e com a consequente análise minuciosa do juiz.

3.2.2 Aplicação

Conforme explicado acima, a aplicação teoria menor constitui uma grande ameaça à separação entre sociedade e sócios, pois age em contrário à teoria maior, transformando a responsabilidade limitada em ilimitada.

Neste sentido, a aplicação da teoria menor deve ser realizada com mais cuidado, somente em caso que tenha previsão expressa em lei. Não se deve aplicar a teoria menor por analogia. A aplicação por analogia pode levar a uma desconsideração temerária e trazer imensos prejuízos para terceiros. O pensamento do legislador, no caso das exceções, deve ser respeitado, pois as normas criadas com base na teoria menor procuram cobrir uma fraqueza excessiva dos credores.

O legislador previu, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXXIII, e art. 170, V), a importância de defender um sistema que atendesse aos interesses do consumidor. Nesse sentido, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor criou uma redação bastante ampla visando a defender a fraqueza do credor[37].

---

[36] GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo**. Ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/garantias-consumo-incidente-desconsideracao-personalidade-juridica-relacoes-consumo. Acesso em 12/06/2018.

[37] Art. 28 do CDC: “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”.

Ainda, o parágrafo 5º, adiciona regra genérica, que permite ignorar todas as demais disposições do art. 28.[38]

Leonardo Garcia afirma que a desconsideração da personalidade jurídica prevista na CDC pode ser realizada de ofício pelo juiz, pois as normas consumeristas são consideradas de ordem pública e de interesse social. Já no caso do Código Civil, é necessário o requerimento da parte ou do Ministério Público.[39]

Portanto, é claro que o CDC usa da teoria menor para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, pois apenas a inadimplência é suficiente para ignorar a separação entre sócios e sociedade.

O advogado Luan Madson Lada Arruda, em seu artigo "A desconsideração da personalidade jurídica no CDC", afirma que, no caso da desconsideração com base na teoria menor, a fraude é presumida. E ainda, a justiça trabalhista, por não ter normas conflitantes, está se valendo do uso do art. 28 do CDC para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.[40]

Ainda, em prestígio à teoria menor, existem outros dispositivos legais para tratar da hipossuficiência do credor que está em busca de seus direitos. Um exemplo é o art. 34 da Lei nº 12.529/11 (Lei do CADE). Nota-se que existem requisitos mais flexíveis para acarretar a desconsideração em busca da ordem econômica.[41]

---

[38] "§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

[39] Conforme: GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo**. Ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/garantias-consumo-incidente-desconsideracao-personalidade-juridica-relacoes-consumo. Acesso em 12/06/2018.

[40] ARRUDA, Luan Madson Lada. **A desconsideração da personalidade jurídica no CDC**. Abr. 2017. Disponível em: https://www.megajuridico.com/desconsideracao-personalidade-juridica-cdc/. Acesso em 12/06/2018.

[41] Art. 34 da Lei nº12.529/11: "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.
Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

A questão de proteção aos direitos ambientais também trouxe um artigo abrangente buscando defender a hipossuficiência dos credores. É o caso do art. 4º da Lei 9.605/98, por meio do qual “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Nota-se, segundo esse capítulo, para o correto funcionamento da teoria menor é necessário que a aplicação seja restrita aos casos específicos em lei. Nesse sentido, não é admissível que a teria menor seja aplicada de forma extensiva. Sua interpretação deve ser extremamente restritiva para evitar prejuízos aos sócios e à sociedade.

Cumpre ressaltar, a esse respeito, que, com a recente Reforma na CLT, se o legislador quisesse que a teoria menor fosse aplicada, não modificaria os dispositivos, de maneira a explicitar a utilização do CPC como referência de procedimento:

> Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

3.3 A LACUNA LEGISLATIVA E O USO SUBSIDIÁRIO DE DISPOSITIVOS LEGAIS COMUNS PARA A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Os especialistas em direito do trabalho enfrentam problemas para aplicar o processo do trabalho de acordo com as normas da CLT, visto que, com o passar do tempo, as demandas trabalhistas vão se tornando mais complexas, até porque as relações se modificam. Empresas que trabalham especificamente com a prestação de serviços à distância, o teletrabalho, por exemplo, esperaram até 2017 para serem abraçadas por uma disposição específica, embora a atividade exista há décadas.

A Lei nº 13.467/2017, com respeito às reformas e mais especificamente à desconsideração, aprovou a reforma trabalhista e trouxe importante alterações na CLT, especialmente o art. 855-A, que procurou trazer um procedimento claro, com

base no novo CPC, de como deve ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica nos processos trabalhistas.[42]

Apesar da existência deste novo artigo na CLT, ainda não existe um alinhamento entre os juízes trabalhistas sobre a validade do art. 855-A da CLT ou se ainda será aplicado o art. 8º da CLT, que prevê a aplicação de normas do direito comum para o preenchimento de lacunas.

Ainda, para esclarecer pontos obscuros e contraditórios, o TST se manifestou por meio da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que editou a Instrução Normativa nº 39, responsável por tratar das normas do Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho. Nesse sentido, o art. 6º da resolução reproduziu os termos do art. 855-A da CLT, confirmando o entendimento que deve (ou deveria) ser adotado pelos TRTs.[43]

Considerando a aplicação do art. 8º da CLT por muitos juízes, o embasamento para a aplicação da desconsideração se pautou em quatro normas do ordenamento jurídico brasileiro: (i) art. 28 da Lei nº 8.078/90 (CDC); (ii) art. 4º da Lei nº 9.605/98; (iii) art. 21 da Lei nº 7.347/85 e (iv) art. 50 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil).

---

[42] Art. 855-A da CLT: "Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.
§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:
I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;
II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.
§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)".

[43] Art. 6° da IN nº 39/2016 do TST: "Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).
§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:
I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;
II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).
§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC".

O Direito do Consumidor e o Direito Ambiental, assim como o Direito do Trabalho, procuram trazer proteção à parte hipossuficiente. De forma contrária à CLT e ao entendimento do TST, os juízes continuam se pautando no uso de outras leis, como as citadas, voltadas para um assunto específico, com base na hipossuficiência e na aplicação do art. 8º da CLT. Contudo, nota-se que a aplicação das normas do CPC não irá diminuir a possiblidade de o credor trabalhista receber o que é do seu direito. O uso desse procedimento mais refinado busca a correta produção de provas e maior segurança jurídica para a aplicação da desconsideração.

Os juízes trabalhistas, entretanto, vão em busca da satisfação do crédito trabalhista e não levam em consideração a correta aplicabilidade da desconsideração. Exemplo claro é quando, na fase de execução, a empresa não possui bens suficientes para a satisfação do crédito. De imediato, os juízes aplicam a desconsideração sob o procedimento do art. 28 do CDC, com o objetivo de desconsiderar a personalidade jurídica e responsabilizar os sócios. Contudo, não se procura analisar se realmente houve o ato ilícito para ensejar a responsabilidade dos sócios. Assim, para alguns juízes trabalhistas, o simples fato da insolvência é suficiente para criar uma responsabilidade ilimitada aos sócios.

Recente acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região ainda confirma os desembargadores deferindo a desconsideração com base no art. 28 do CDC caso seja demonstrada a insolvência da reclamada:

> “Conforme já assentado por esta esfera especializada, quando a pessoa jurídica devedora demonstra inexistência de ativos capaz de suportar a execução, é perfeitamente possível que o Juiz desconsidere a personalidade da empresa, a fim de que sejam alcançados bens pessoais dos sócios, ex-sócios e administradores, garantindo a satisfação do crédito obreiro, por se tratar de verba de natureza alimentar, nos termos do artigo 28, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), com aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art.769 da CLT).[...]
>
> No caso destes autos, incontroverso que o agravante foi conselheiro administrativo do hospital reclamado, atuando com os demais responsáveis pela empresa, não se olvidando seu poder de administração e ingerência na sociedade, pelo período do contrato focado nestes autos, razão por que, confirmo a decisão

> original, que alcançou patrimônio do agravante, frente à posição que ocupou anteriormente ao fechamento do hospital, que precisou da intervenção do Município para praticar sua função social. [...]”[44]

A advogada Gislane Setti Carpi de Moraes, em seu artigo “A personalidade jurídica na Justiça do Trabalho”, afirma que:

> “Independente de qual norma será aplicada ao caso concreto, civilista ou consumerista, a realidade é que para a Justiça Especializada basta a ausência de bens da sociedade para que se dê início à persecução dos bens dos sócios, justificando tal entendimento em virtude da hipossuficiência do trabalhador somada ao caráter superprivilegiado do crédito trabalhista, cuja natureza é de cunho alimentar”[45]

A hipótese da hipossuficiência é uma realidade que não pode ser ignorada. Contudo, a aplicação da teoria menor sem analisar os critérios de desvio de finalidade e criando uma responsabilidade ilimitada aos sócios, pode trazer imensos prejuízos à continuidade das atividades empresariais. A hipossuficiência tem o seu valor ao mesmo passo que a preservação da personalidade jurídica deve ser considerada. Se a análise for realizada com base nos ditames do CPC, ocorrerá maior contraditório e a hipossuficiência não deixará de ser observada.

---

[44] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Desconsideração com base no art. 28 do CDC. Agravo de petição proc. nº 0001472-16.2011.5.02.0084. João Antônio de Oliveira e Luiz Antônio Kuniyoshi e Assoc Benef Hosp Sorocabana. Relator: Roberto Barros da Silva. São Paulo, Mar. 2018. **Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__00014721620115020084_da35f.pdf?Signature=%2F0h1qChVsXDbyK6klf4%2B9hftj74%3D&Expires=1529867362&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b28995161a2c460a674313dae86fefaa. Acesso em 05 jun. 2018.

[45] MORAES, Gislaine Setti Carpe de. **A personalidade jurídica na Justiça do Trabalho**. Dez 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-dez-22/gislane-setti-desconsideracao-personalidade-juridica-area-trabalhista. Acesso em 18 jun. 2018.

4 A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

4.1 PREVISÃO PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE NOS TERMOS DA CLT

Conforme adiantado acima, os juízes trabalhistas, até o momento, estão deferindo o bloqueio dos bens dos sócios independentemente de requerimento da parte, mediante simples despacho. Geralmente, no processo do trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada na fase de execução, momento em que, com base na teoria menor, se a sociedade não possui bens, faz-se necessária a desconsideração para atingir o patrimônio pessoal dos sócios.

A justiça do trabalho possui, por essência, o objetivo de defender os interesses dos trabalhadores. Dessa forma, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento extremamente necessário, pois os riscos da atividade econômica são do empregador. O empregado somente contribui com sua força de trabalho, sendo a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

Nos termos no novo CPC, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é classificado como uma das possiblidades da “intervenção de terceiros”. Tal possibilidade deve ser arguida quando o processo está em andamento e existe alguma questão prejudicial ligada ao mérito.

Segundo o caput do art. 133 do CPC, “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Resta claro que, no procedimento de desconsideração do CPC, não há a possiblidade de que o juiz decrete o incidente de ofício. O incidente só pode ser instaurado a pedido da parte ou a pedido do Ministério Público.

Em algumas situações de hipossuficiência, como o direito do consumidor e o direito ambiental, existem previsões expressas para que o juiz aplique a desconsideração de ofício. No entanto, na Justiça do Trabalho não existe esta

previsão. Ainda, nos termos do parágrafo 1º do art. 133 do CPC, os pressupostos devem observar todos os requisitos legais. A aplicação de ofício por analogia ou com base em pilares de proteção é temerária.

O uso da teoria menor, portanto, requer muito cuidado, pois uma decisão simplista e apenas com base na indisponibilidade de bens pode trazer prejuízos à continuidade dos negócios da sociedade e à situação financeira dos sócios. Assim, a aplicação de ofício deve ser realizada em casos excepcionais, que possuem expressa previsão legal. Portanto, a aplicação de ofício pelos juízes trabalhistas não deve ocorrer no caso concreto, considerando que existe a necessidade de se obter maior contraditório e ampla defesa para verificar se os requisitos da desconsideração estão presentes.

O CPC, em seu art. 15, esclarece que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A CLT, também esclarece em seu art. 769, que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Nota-se, portanto, a necessidade de alinhamento das normas de direito processual do trabalho e de direito processual civil para que as normas previstas na CLT sejam cumpridas em busca de efetividade nas decisões. No caso da desconsideração, resta claro que o CPC é o parâmetro a ser seguido.

Grande parte da doutrina trabalhista entende que a previsão do art. 15 da CLT, que determina a aplicação subsidiária e supletiva do CPC, não pode ser aplicada sempre que a CLT for omissa. Os doutrinadores trabalhistas entendem que a aplicação deve ser compatível com as normas de direito do trabalho e analisadas em conjunto com o art. 769 da CLT. É o entendimento do juiz de direito Mauro Schiavi:

> "O art. 769 da CLT, que é o vetor principal do princípio da subsidiariedade do processo do trabalho, fala em processo comum, não, necessariamente, em processo civil para preencher as lacunas da legislação processual trabalhista.
>
> Além disso, pela sistemática da legislação processual trabalhista, as regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas ao processo trabalho, se forem compatíveis com as principiologias e singularidades do processo trabalhista. Assim, mesmo havendo lacuna da legislação processual trabalhista, se a regra do CPC for incompatível com as principiologias e singularidades do processo do trabalho, ela não será aplicada."[46]

Por outro lado, o ministro aposentado do TST, Pedro Paulo Teixeira Manus, defende a aplicação do incidente previsto no CPC e reforça que é possível aplicar os princípios do Direito do Trabalho, bem como o contraditório e a ampla defesa exigidos no devido processo legal.

> "Não temos dúvida quanto à aplicação do incidente ao processo do trabalho, quer diante da determinação legal (CLT e NCPC), quer diante da inexistência de colisão com os princípios do processo do trabalho.
>
> Ao contrário, sua aplicação decorre da exigência de respeito ao princípio da segurança jurídica, permitindo-se aquele que até então não era parte no processo, integre-o por citação, com direito a ampla defesa e contraditório. Por exemplo.
>
> Não se argumente com eventual ofensa à celeridade e a simplificação processual, pois caberá ao juiz do trabalho, como em tantas outras hipóteses, adequar o procedimento ao processo do trabalho. A adaptação do instituto ao nosso processo, o que sempre ocorreu, permitirá, por exemplo, que o juiz do trabalho instaure o incidente "ex officio", à semelhança do que ocorre com a antecipação de tutela."[47]

A parte da doutrina que defende a inaplicabilidade do incidente de desconsideração previsto no CPC apresenta diversos pontos que seriam incompatíveis com os princípios do processo do trabalho. Os relacionados ao tema deste trabalho são: (i) impossibilidade da instauração do incidente *ex officio* com a restrição de que somente a parte e o Ministério Público podem realizar o pedido; (ii) a suspensão do processo principal quando há a instauração do incidente; (iii) o

---

[46] SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 41.

[47] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho trará segurança às partes**. Ago. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-ago-14/reflexoes-trabalhistas-aplicacao-cpc-processo-trabalho-trara-seguranca. Acesso em 12/06/2018.

desprestígio do processo do trabalho que tem por objetivo obter o crédito trabalhista de natureza alimentar vs. o contraditório e a ampla defesa.

Conforme elencado acima, não se pode ignorar a aplicação do incidente de desconsideração pelo simples fato de se considerarem os institutos de processo civil e de processo do trabalho (supostamente) incompatíveis. Nota-se que as incompatibilidades realmente existem e devem passar por uma adaptação de forma a não implicar na rejeição do instituto.

Sobre os pontos de incompatibilidade elencados acima, o advogado Claudio Giovanni Pieroni trata de forma breve e objetiva de que forma estes obstáculos podem ser revolvidos.[48]

Nos termos do art. 878 da CLT, existe ampla previsão para que o juiz proceda com a execução, inclusive de ofício. As normas do incidente de desconsideração, com base no CPC, não incluem alguns princípios trabalhistas, porém não afastam a aplicação do incidente. Nesse sentido, considerando o processo do trabalho, há a possibilidade da aplicação de ofício pelo Juiz.

A suspensão do processo principal, na verdade, não é uma incompatibilidade. Os recursos trabalhistas, em regra, não possuem efeito suspensivo. Contudo, a execução em face do sócio que foi incluído no polo passivo somente ocorre por conta do deferimento do incidente de desconsideração. Dessa forma, a suspensão dos atos ordinários já acontece, o que não impede de realizar outros procedimentos necessários em paralelo. Portanto, a suspensão do processo não é fato impeditivo para a ocultação de patrimônio do devedor trabalhista, visto que o próprio CPC possui outras medidas de caráter cautelar.

Ainda, existe o equivocado entendimento de que o crédito trabalhista, de natureza alimentar, deve prevalecer em relação ao direito ao contraditório e à ampla

---

[48] PIERONI, Claudio Giovanni. **Aplicação no Processo do Trabalho do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil**, Fev. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58535. Acesso em 12/06/2018.

defesa. Contudo, tal entendimento deve ser revisto, especialmente porque não se pode aceitar norma infraconstitucional que fira preceito constitucional (5º., LV). A natureza alimentar pode, no máximo, ser considerada tão relevante quanto o direito ao contraditório; nunca suplantá-lo.

O novo CPC se baseou nos princípios dos arts. 7º, 9º e 10º da Constituição Federal. Nesse sentido a visão do novo contraditório deve ser ampliada. O antigo CPC se baseava no binômio “informação e reação”. A visão de contraditório do novo CPC deve ser ampliada para o trinômio “informação, possibilidade de reação e poder de influenciar o julgador”.

Para Estevão Mallet, o incidente comtempla a estrutura mínima do contraditório. E, ainda, complementa que a preocupação em garantir a satisfação do crédito do trabalhador “não pode ser exacerbada e levada a paradoxismos a ponto de comprometer a garantia do devido processo legal”[49]. Portanto, nota-se a necessidade de garantir os interesses do credor com as tutelas de urgência.

De acordo com os argumentos anteriores, após as explicações dos pontos procedimentais que afetam os empresários, nota-se que o direito material caminha no mesmo sentido. No processo de execução, a sociedade credora possui a sua própria personalidade jurídica, possuindo direitos e adquirindo obrigações.

O incidente de desconsideração demonstra a justiça e a regularidade, pois o exequente, ao requerer a desconsideração, aguardará a manifestação deste terceiro, sócio da sociedade, que poderá ser incluído no processo de execução após o regular exercício do contraditório.

Em paralelo, a exequente poderá requerer tutelas de urgência para garantir a efetividade da execução em face deste sócio, caso haja algum movimento flagrante da dilapidação de patrimônio.

---

[49] MALLET, Estevão. **Novo CPC e Processo do Trabalho à luz da IN nº 39**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v.3, n.82. p. 152.

Neste sentido, de fato, o incidente se mostra importantíssimo para o processo de execução, e os juízes trabalhistas podem usar o incidente, bem como adequar às normas do processo do trabalho. Se o incidente da desconsideração for totalmente ignorado, a personalidade jurídica perde o seu objetivo, pois o sócio será atingido sem a análise da confusão patrimonial e do desvio de finalidade.

Tal situação traz insegurança aos empresários, que passaram a, muitas vezes, criar uma estrutura societária com o objetivo de dificultar o encontro de bens, pois creem que, na Justiça do Trabalho, não haveria respeito ao instituto da personalidade jurídica nem às garantias de contraditório e ampla defesa.

Além disso, se a personalidade jurídica fosse respeitada, evitaria estruturas societárias mirabolantes e obscuras, pois os empresários teriam a consciência de que só seriam atingidos em caso de desvio de finalidade mediante o exercício do contraditório.

É claro que as tais estruturas mirabolantes não são justificáveis em nenhum caso, mesmo em face de abusos, mas é inegável que um sistema menos justo incentiva o jeitinho, mesmo naqueles que teriam tendência a ser mais corretos em sua prática – até para sobreviver economicamente.

4.2 APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM ANDAMENTO

A aplicação do incidente de desconsideração na justiça do trabalho se baseia na promulgação do novo CPC, alteração da CLT e a Instrução Normativa nº 39/2016. O primeiro posicionamento mais concreto e completo do TST foi divulgado por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, que tratou das normas do CPC aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, visto que o TST precisava se manifestar acerca dos arts. 769 e 889 da CLT, pois tais artigos não foram revogados pelo art. 15 do CPC.

Considerando-se que existe a possibilidade de compatibilização das normas, a Instrução Normativa nº 39/2016 busca

> "identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovatórias relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do Código de Processo Civil de 2015."

Segundo os termos da Instrução Normativa nº 39/2016, o contraditório prévio não é absoluto no novo CPC e tampouco no Processo do Trabalho. Dessa forma, a possibilidade de se prosseguir com a execução durante a análise de recurso está sendo analisada pelo TST, e porquanto os requisitos dos incisos V e VI do art. 489, § 1º devem estar alinhados com fundamentos claros da decisão.

Apesar de pouco respeitado pelos juízes trabalhistas, segundo o juiz do trabalho Dr. Marcus Aurelio Lopes, os arts. 68 e 69 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho já orientava como aplicar a teoria da desconsideração ao processo do trabalho: o cartorário precisava reautuar o processo no sistema e incluir na capa dos autos o nome do sócio que deveria responder pelo débito, comunicar o setor de certidões para inclusão do sócio no polo passivo, determinar a citação do sócio para indicar bens no prazo de 48 horas e, não havendo bens, garantir a execução sob pena de penhora, com o objetivo de habilitá-lo nos embargos à execução para discutir a sua responsabilidade. Se fosse

determinada a inexistência de responsabilidade, o juiz da execução deveria determinar de imediato o cancelamento das inscrições realizadas.[50]

Esse regulamento da Justiça do Trabalho já demostrava uma preocupação com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ainda, com a imediata exclusão do sócio, caso este não fosse responsável, o que se confirmaria no trânsito em julgado.

Por outro lado, os juízes com base no art. 28 do CDC, bem como em princípios do processo do trabalho, deferiam a desconsideração por um mero despacho, sem o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que demonstra uma deficiência deste direito previsto na constituição. Portanto, o objetivo da Instrução Normativa nº 39/2016 é garantir um procedimento para que não ocorra a violação destes direitos fundamentais.

Com a Instrução Normativa nº 39/2016, o TST demonstrou que é aplicável a desconsideração da personalidade jurídica nos termos dos arts. 133 a 137 do CPC, bem como garantiu a livre iniciativa do juiz na fase de execução de sentença. Além disso, a Instrução Normativa nº 39/2016 tratou dos possíveis efeitos no decorrer do processo, bem como da fase recursal.

O incidente de desconsideração está previsto no art. 133 do CPC e deve ser “instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Portanto, segundo o CPC, não cabe a instauração de ofício pelo juiz.

Na linha de que as normas de processo de trabalho devem complementar as normas de processo civil, o art. 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 prevê que o juiz do trabalho também possui autonomia para instaurar o incidente da desconsideração de ofício (art. 878 da CLT).

---

[50] Conforme: LOPES, Marcus Aurélio**. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho**. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/94668. Acesso em 18/06/2018.

Existe divergência para a aplicação incidente de ofício, pois, nos termos do CPC, não é permitida a “decisão surpresa” segundo os art 9º e 10s.º. Nesse sentido a Instrução Normativa nº 39/2016, em seu art. 4º, parágrafos 1º e 2º, complementa que a “decisão surpresa” é referente à decisão de mérito, bem como questões processuais.

Portanto, a instauração do incidente da desconsideração não é uma decisão de mérito, pois, mesmo que o sócio seja comunicado rapidamente, já sabia desta possibilidade nos termos da Instrução Normativa nº 39/2016.

Existe maior dificuldade da parte para obter decisão favorável da instauração do incidente de desconsideração de ofício, sem que tenha dado o devido contraditório e ampla defesa, com objetivo de preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 50 do Código Civil. Isso porque a instauração do incidente não deve se basear em infrutíferas buscas que comprovem a insolvência. A inclusão dó sócio no incidente exige fundamentação para verificar se os requisitos da desconsideração estão presentes.

Conforme comentado anteriormente, a instauração do incidente de desconsideração deve ser analisada pelo reclamante, pois acarreta na suspensão do processo de execução até o julgamento, o que, consequentemente, reduz a efetividade e aumenta duração do processo. No entanto, a parte pode se valer de tutelas de urgência previstas no CPC e aceitas no processo do trabalho para evitar dilapidação de patrimônio do devedor.

Com o objetivo de otimizar este procedimento de instauração do incidente, o reclamante deve realizar o seu pedido de forma clara e objetiva, alegando elementos que demonstrem o real desvio de finalidade e justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica, bem como contra quais sócios e administradores o incidente deve ser instaurado. O Ministério Público e o exequente, por seu lado, devem ser intimados para manifestação e requerimento de provas.

Algumas decisões recentes, em menor escala, já buscam embasamento no art. 855-A da CLT e no art. 6º da Instrução Normativa nº 39/2016. A tendência é que

o aumento destas decisões consolide um novo procedimento para a desconsideração no processo trabalhista. Decisão recente no Tribunal Regional da 2ª Região mostrou respeito às novas normas:

> "Trata-se de redirecionamento da execução determinada por decisão constante à fl. 371 destes autos, datada de 22 de março de 2017.
>
> Ato contínuo, no dia 29 de maio de 2017, foi procedido "bloqueio on line" de importância em conta bancária do recorrente (fl. 380), sem prévia citação.
> O procedimento adotado encontra-se em descompasso com a norma aplicável a espécie, na medida em que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do CPC, é aplicável ao processo do trabalho no período em que houve a constrição impugnada. Observância do exposto no art. 6º da Instrução Normativa nº 39 do C.TST e parágrafo único do art. 147, da Consolidação das Normas da Corregedoria deste Egrégio Tribunal.
>
> Neste sentido, dispõe a Instrução Normativa nº 39, do C.TST, a qual dispõe:
> (...)
>
> E no âmbito deste Egrégio Tribunal, merece destaque o disposto no art. 147, da Consolidação das Normas da Corregedoria:
>
> (...)
>
> Com fundamento no acima exposto, acolhe-se a preliminar aduzida pelo agravante, para declarar a nulidade da decisão de fl. 371, bem como de todos os atos processuais posteriores, e determinar o desbloqueio das contas bancárias do agravante, sendo determinado o retorno dos autos à Vara de Origem para instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, nos termos dos dispositivos legais constantes na presente decisão."[51]

Considerando todo o procedimento de instauração da desconsideração, a previsão existente na CLT e a Instrução Normativa nº 39/2016, que regula e esclarece a aplicação, parece precoce e arriscado o juiz do trabalho instaurar o incidente *apenas* com o fundamento da insolvência. Realmente, há previsão para a aplicação do incidente de ofício pelo juiz, porém deve existir o cuidado com

---

[51] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Execução. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Agravo de petição proc. nº 0044400-37.1996.5.02.0074. Raphael de Cunto Jr. e espólio de Marivaldo Santos dos Reis, Massa Falida Masterbus Transportes Ltda. e outros. Relator: Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, jun. 2018. **Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__00444003719965020074_83a54.pdf?Signature=xQroIzyRjVVCDE3RRaBngk4n%2Fs0%3D&Expires=1529717245&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8ca15b9356a997adbc355aa3925e06a1. Acesso em 21 jun. 2018.

princípios maiores, como o contraditório e a ampla defesa, constante no incidente da desconsideração instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público. Tal medida deve ser prestigiada para se evitarem questionamentos desnecessários relacionados aos princípios básicos. Se a instauração do incidente for objetiva, tanto a parte quanto o juiz cooperarão para que seu andamento seja célere, de forma a respeitar a efetividade do processo trabalhista.

4.3 EXPECTATIVAS PARA O DIREITO SOCIETÁRIO E PARA OS EMPRESÁRIOS

A desconsideração é um tema cercado por diversos artigos de lei e teorias, que abordam entendimentos diferentes acerca de uma mesma matéria. Antes da promulgação do novo CPC, que trouxe artigos específicos para tratar do procedimento da desconsideração, os juízes trabalhistas se valiam do art. 8º da CLT para aplicar normas comuns por analogia. Essa aplicação resultava no uso de artigos que se baseiam na teoria menor da desconsideração, criada para casos extremamente específicos em face da hipossuficiência do credor.

O novo CPC, ao regular todo o procedimento da desconsideração, está buscando uniformizar a maneira da aplicação e evitar a insegurança jurídica. Neste sentido, a CLT também incluiu o art. 855-A em busca da uniformização do processo da desconsideração. Ao lado desses dispositivos, a Instrução Normativa nº 39/2016 se manifestou para confirmar a validade e a possibilidade de aplicação das normas do CPC, desde que não ocorra o descumprimento dos princípios constitucionais trabalhistas e das normas do direito processual do trabalho.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista estão buscando formas de adaptar o incidente de desconsideração ao processo do trabalho sem que ocorra prejuízo aos trabalhadores e sem causar maior insegurança aos empresários. O grande desafio consiste em deixar todos os juízes alinhados e orientados a aplicar o incidente de desconsideração e não se valer no art. 8º da CLT para aplicar normas gerais, que ferem o direito ao contraditório e à ampla defesa, pois agora a CLT dispõe de artigo específico sobre procedimento a ser adotado.

O TST, nesse cenário, possui papel importante em orientar juízes e advogados sobre o procedimento adequado. Apesar da promulgação da Instrução Normativa nº 39/2016, ainda existem pontos em aberto que precisam ser definidos. Por exemplo, se a aplicação da desconsideração é válida para processos distribuídos antes da vigência do novo CPC ou se somente será válida para processos distribuídos após a vigência do novo CPC.

Um segundo questionamento é a confirmação de que o incidente pode ser instaurado de ofício pelo juiz nos termos dos princípios da CLT. Essas dúvidas serão sanadas com os julgamentos que serão realizados nos tribunais.

Como a mudança na legislação trabalhista é recente para apresentar uma jurisprudência consolidada, existem poucos casos que tratam das divergências encontradas na Instrução Normativa nº 39/2016. Infelizmente, os reflexos de tal situação impactam de modo terrível (como explicado) sobre as empresas.

Por isso, mudanças que se prendam à legislação são bem-vindas. Os juízes dos tribunais trabalhistas, por exemplo, em alguns casos, a requerimento da parte, já estão deferindo a desconsideração a ser analisada com base no novo CPC. Em acórdão recente do TRT da 2ª Região, os desembargadores, ao considerarem o caso complexo, optaram pela instauração do incidente conforme abaixo:

> "De rigor, outrossim, a necessária formação do incidente, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a decisão prematura instauraria julgamento surpresa contra os indicados bem como eventual nulidade por cerceamento de defesa"[52]

A consolidação da aplicação do incidente irá trazer maior segurança jurídica para os empresários e para as empresas, visto que haverá a correta aplicação do contraditório e da ampla defesa. Durante o procedimento, o juiz poderá verificar com maiores subsídios se o sócio cometeu algum ato ilícito que resulte na desconsideração.

De forma indireta, a aplicação do incidente irá preservar o principal objetivo do instituto, que é o cumprimento da função social e da preservação da empresa,

---

[52] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Agravo de petição proc. nº 0265900-78.2008.5.02.0035. André Beraha e Massa Falida de Nascimento Turismo Ltda. Relator: Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, 14 jun. 2018. **Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__02659007820085020035_1e2f3.pdf?Signature=dVq630GWt%2BSiuVJqXPFccpJlKR8%3D&Expires=1529874321&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5507cadaa5890685cc751035726653. Acesso em 21 jun. 2018.

pois o incidente irá se limitar a atacar o abuso do sócio e a penhorar somente os seus bens para garantir que o credor receba os valores devidos, de forma a possibilitar a continuidade dos negócios da sociedade.

A função social da empresa deriva da função social da propriedade e possui previsão legal no art. 5º, inciso XXIII, da constituição federal, que esclarece que “a propriedade atenderá a sua função social”. A empresa, em sentido amplo, possui um papel relevante para o desenvolvimento da sociedade. A atividade desenvolvida pelo empresário gera, empregos, pagamento de impostos, a manutenção de fornecedores e prestadores de serviços e também ajuda no desenvolvimento de outras áreas e atividades. O lucro é uma consequência da atividade e, nos termos da lei, deve ser perseguido sem que ocorra prejuízos a terceiros.

A função social da empresa não busca somente os interesses dos sócios, busca também contribuir para o desenvolvimento da sociedade. O lucro deve caminhar junto com os interesses sociais, considerando o impacto que as empresas causam na vida das pessoas. A cada dia, as empresas passam a ser mais valorizadas e respeitadas quando se interessam por causas como a preservação do meio ambiente, o treinamento e desenvolvimento de seus funcionários e a realização de trabalhos voluntários.

Exatamente por esse papel, cada vez mais amplo, cada vez mais atrelado ao bem-estar social e à responsabilidade quanto aos interesses da comunidade em que se insere, é que a empresa precisa ser tratada – especialmente na esfera trabalhista – com muito cuidado e respeito.

Conforme exaurido neste trabalho, a desconsideração busca a preservação da empresa a qualquer custo, pois a intenção é atacar apenas o ato ilegal que foi praticado. Considerando a função social, não é benéfico para a sociedade o encerramento das atividades. Neste sentido, afirma Maria Helena Diniz:

> “A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: lucro do empresário e da sociedade empresária que assegura a

> sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão-de-obra qualificada”[53]

O respeito à personalidade jurídica deve ser observado pelo poder judiciário de acordo com a previsão existente no Código Civil. Os empresários, quando decidem iniciar uma atividade empresarial e constituir uma sociedade, aceitam os riscos em suas especificações – e esperam que as limitações aos riscos de seus investimentos, de acordo com o capital investido na sociedade, legalmente definidos sejam respeitadas. Em verdade, o sócio espera, literalmente, o cumprimento do disposto na Lei.

Se o incidente de desconsideração for respeitado, os empresários terão certeza de que esta disposição legal está sendo não apenas respeitada na teoria mas também na prática. E isso significa muito para quem irá arriscar-se a desenvolver certa atividade, cuja consequência será a geração dos tão desejados postos de trabalho de que o país carece.

Consequentemente, à medida que a confiança dos empresários aumentar com o procedimento da desconsideração mais definido, a tendência é que aumentem o número de investimentos no país. De acordo com pesquisa do Sebrae, cerca de nove milhões das sociedades são micro e pequenas empresas, e estas empresas representam 27% (vinte e sete por cento) PIB do país[54]. São os sócios deste tipo de empresa os mais afetados com a banalização da desconsideração, pois não possuem um grande capital para investir. Ao se sentirem inseguros e verem a possibilidade de perder além do capital investido, e até todas as economias de uma vida inteira, preferem não investir e procurar outro meio de obter renda.

Este receio em realizar investimos resulta em sérias consequências. Segundo o IBGE, o número de desempregados no Brasil nos três primeiros meses

---

[53] DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

[54] SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil**. Mato Grosso, 2014. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD. Acesso em 10 jun. 2018.

de 2018 foi de 13,7 milhões de pessoas[55], por isso a preocupação com a preservação das empresa

Além dos micros e pequenos empresários, as grandes empresas também serão beneficiadas e se sentirão mais confortáveis para investir. Com o procedimento da desconsideração mais definido, as empresas com um maior volume de investimentos não precisarão criar estruturas societárias fora do país ou realizar investimentos estrangeiros. Esse conforto possibilitará o aumento das atividades e, como consequência, estimulará a contratação de mais funcionários, mais pedidos aos fornecedores, o pagamento de mais impostos, e assim por diante.

[55] IBGE. **Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018**. 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html. Acesso em 10 jun. 2018.

5 CONCLUSÃO

Cerca de nove milhões das sociedades são micro e pequenas empresas, e estas empresas representam 27% (vinte e sete por cento) PIB do país, geralmente são as sociedades limitadas formada por cônjuges com os esforços de uma vida inteira, em busca de um propósito e um futuro melhor para a sua família. Nesse contexto, a limitação de responsabilidade foi criada para garantir ao empresário a possibilidade de limitar o seu risco ao risco do negócio.

Como demonstrado, a figura da desconsideração da personalidade jurídica realizada de modo irresponsável é contraproducente e pune desnecessariamente a empresa e os sócios, pondo em risco diversos postos de trabalho. Tal expediente somente deveria ser aceito em caso de fraude, desvio de finalidade ou ocultação de bens.

Quando a Justiça do Trabalho, muita vez de maneira irresponsável ou ao arrepio da lei, retira tal garantia de responsabilidade limitada das empresas, sob as mais diversas justificativas, apoiando-se em teses ou jurisprudências que, hoje, não refletem o entendimento do legislador, não se faz efetivamente a justiça.

O uso de mecanismos criados pela Justiça do Trabalho, que buscam a qualquer custo a satisfação da dívida trabalhista, não raras vezes fere o princípio da ampla defesa e contraditório e, ainda, deixa de preservar a continuidade da própria atividade empresarial. De fato, perde o objetivo de buscar a Justiça, tornando-se mero mecanismo de satisfação do pedido do reclamante.

Antes de se decidir pela desconsideração, seria imprescindível a utilização de outros mecanismos, objetivando a satisfação do crédito do trabalhador de maneira justa e correta. Uma dessas maneiras previstas para se obter o crédito de maneira justa, porém com parcimônia, é a aplicação da responsabilidade para outras empresas do grupo econômico nos termos da CLT.

Caso a reclamada não possua bens para arcar com o valor da condenação e haja a devida comprovação de que há confusão de bens (a reclamada reverte o lucro para as outras empresas deste grupo com objetivo de fraudar credores e estas podem ser incluídas na demanda para a satisfação do crédito), pode-se encontrar no grupo econômico – hoje devidamente disposto nos art. 2º. da CLT – um caminho para a satisfação do crédito de modo menos gravoso para a reclamada.

Em contramão às alternativas e ao correto incidente de desconsideração elencado acima, nota-se que a Justiça do Trabalho ainda cria suas próprias definições para o uso de mecanismos societários de forma completamente diferente da doutrina societária para suprir e defender a hipossuficiência do trabalhador. Para algumas demandas em curso, antes da promulgação da nova CLT, os juízes ainda estão aplicando a desconsideração da personalidade jurídica sem a necessidade da instauração do incidente processual, muita vez de ofício e pautada apenas na necessidade de satisfazer o crédito do reclamante.

Existe a premissa da separação entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da sociedade, garantido pelo Código Civil. A desconsideração foi criada para proteger essa premissa e garantir a continuidade das atividades da sociedade, pois deve ser usada somente se identificado o desvio de finalidade. Em verdade, pune quem abusa da proteção legal.

Na Justiça do Trabalho, entretanto, a aplicação de regras que são criadas para outras situações, por analogia, traz prejuízos ao devedor trabalhista. Mesmo que este crédito seja de natureza alimentar, não se pode ignorar a importância da atividade empresarial para toda a sociedade nem o fato de que, uma vez a sociedade demandada até o seu limite, o patrimônio do sócio que não incorreu em ilícito não deveria ser tocado. Mas infelizmente é.

No campo societário, as regras que definem a responsabilidade dos sócios e dos administradores nos termos do Código Civil e da Lei das S.A. devem ser observadas pela justiça especializada. Nesse sentido, o legislador, ao perceber que não havia esse cuidado, procurou trazer para a CLT regras do Direito Civil e do Processo Civil com o objetivo de uniformizar o procedimento e evitar abusos.

A diferenciação entre as responsabilidades dos sócios e dos administradores, a correta avalição do sócio e do administrador responsável, bem como a responsabilidade subsidiária dos sócios, merecem o minucioso cuidado durante incidente de desconsideração na Justiça do Trabalho.

Nas micro ou pequenas empresas, cujo sócios sejam os cônjuges, esta responsabilidade atingirá o patrimônio do casal, que levou a vida inteira para ser construído, entretanto, na esfera cível a desconsideração da personalidade jurídica não ocorre da mesma forma. Em tese, isso só deveria ser permitido se os sócios, em conduta reprovável, tiverem dado causa à desconsideração. Do contrário, há evidente excesso – que será danoso, sem exagero, ao país.

É preciso entender a empresa como contribuinte e participante do sistema, com consequências positivas para a sociedade civil, em vez da demonização ideológica que vê todo e qualquer empresário como um vampiro contra o trabalhador. Na relação empregador / empregado, cada um tem seu papel. O resultado positivo para um será também positivo para o outro. O resultado negativo terá os mesmos (ou piores) efeitos para ambos. A hipossuficiência, nesse sentido, não pode ser usada para ferir direitos do empresário em sua sociedade.

Muitas vezes, a atitude da Justiça do Trabalho, ao desconsiderar o raciocínio do parágrafo anterior, resulta em grave prejuízo para a ordem econômica e impossibilita o crescimento de empresas, que muitas vezes necessitam fechar as portas por dívidas trabalhistas (às vezes, discutivelmente majoradas), além de prejudicar seus sócios, independentemente do período em que permaneceram na sociedade.

Há um imenso prejuízo ao direito civil e a toda a doutrina de direito empresarial criada, estudada e discutida por anos, com a aplicação do regramento jurídico trabalhista contrário a estas regras visando unicamente à satisfação do crédito do trabalhador a qualquer custo.

Obviamente, não se pode ser inerte em relação aos abusos que os sócios causam a terceiros se valendo da personalidade jurídica que a sociedade possui. E nem se defende isso, especialmente porque existem mecanismos para punir tais abusos. Deste modo, o caso concreto deve ser verificado com cautela e de forma cirúrgica, pois tal violação afeta não só terceiros, mas a própria sociedade.

A teoria maior, mais acertada à maioria dos casos, procura incentivar o empreendedorismo e trazer segurança aos empresários ao passo que delimita as causas que ensejam a desconsideração. Assim, em busca de um equilíbrio, ao mesmo tempo que a teoria incentiva a atividade empresarial e protege a personalidade jurídica, ela traz o instituto da desconsideração para evitar abusos.

Neste sentido, para que a teoria cumpra seu objetivo, nos termos do art. 50 do Código Civil, o foco deve ser nos casos em que ocorre abuso na estrutura societária com o consequente desvio de finalidade. Se ocorre o fato antijurídico, porém não há abuso na estrutura societária, sem o desvio de finalidade e sem afetar terceiros, não se pode tratar da desconsideração.

É importante que se observem também os requisitos processuais da autorização judicial para a desconsideração, pois o instituto foi criado para trazer segurança à sociedade e atacar somente o ponto de abuso. Se realizado de maneira incorreta, pode trazer total desequilíbrio e insegurança jurídica à sociedade e aos sócios.

A expectativa para o direito societário é que a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho seja utilizado prestigiando a segurança à sociedade e atacando somente o ponto de abuso.

Não resta dúvida de que é necessário coibir as fraudes e proteger os credores, mas também se faz necessário proteger a atividade empresarial e estimular a criação e desenvolvimento de empresas, que, muitas vezes, em razão dessa insegurança jurídica, não são criadas ou encerram suas atividades em um curto período de tempo.

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, utilizada como último mecanismo, para coibir práticas abusivas e ilegais, respeitando os princípios do contraditório e ampla de defesa, traz benefício não somente para a empresa, mas também à sociedade como um todo, pois preserva empregos, estimula a criação de novas empresas e, consequentemente, cria novas oportunidades de emprego e contribui para o desenvolvimento da economia do país.

A inclusão do art. 855-A da CLT, para tratar da desconsideração, foi um grande avanço para o direito empresarial e já começou a ser usado nos tribunais trabalhistas brasileiros. A tendência é que ocorra o aumento de acórdãos que se baseiem neste artigo e demais instruções trabalhistas. O resultado envolve a observação às normas de direito societário tratadas neste trabalho e à longo prazo maior respeito ao Princípio da Preservação da Empresa.

Segundo o IBGE, o número de desempregados no Brasil nos três primeiros meses de 2018 foi de 13,7 milhões de pessoas, por isso a preocupação com a preservação das empresas é uma tarefa de todos nós, que devemos sempre estar em busca de novos mecanismos que estimulem a criação de empresas e preservem e criem novas oportunidades de empregos, contribuindo para o desenvolvimento do país.

6 REFERÊNCIAS

ARRUDA, Luan Madson Lada. **A desconsideração da personalidade jurídica no CDC**. Abr. 2017. Disponível em: https://www.megajuridico.com/desconsideracao-personalidade-juridica-cdc/. Acesso em 12/06/2018.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIBAS, Leonardo. **O Abuso da desconsideração da personalidade jurídica nos Tribunais**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito. Curitiba. 2008. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30679/M%201054.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 6 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Desconsideração com base no art. 28 do CDC. Agravo de petição proc. nº 0001472-16.2011.5.02.0084. João Antônio de Oliveira e Luiz Antônio Kuniyoshi e Assoc Benef Hosp Sorocabana. Relator: Roberto Barros da Silva. São Paulo, Mar. 2018. **Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__00014721620115020084_da35f.pdf?Signature=%2F0h1qChVsXDbyK6klf4%2B9hftj74%3D&Expires=1529867362&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b28995161a2c460a674313dae86fefaa. Acesso em 05 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Desconsideração com base no art. 50 do Código Civil. Agravo de Petição: Processo nº 0001244-12.2015.5.02.0016. Wellington Inácio da Silva e Allpac Ltda. e outros. Relator: Alcina Maria Fonseca Beres. São Paulo, 27 mar. 2017. **Portal de Jurisprudências do TRT**

da 2ª Região. Disponível em: https://consulta.pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=205298&p_grau_pje=2&p_seq=1244&p_vara=16&dt_autuacao=10%2F08%2F2017&cid=58144. Acesso em 28 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Execução. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Agravo de petição proc. nº 0044400-37.1996.5.02.0074. Raphael de Cunto Jr. e espólio de Marivaldo Santos dos Reis, Massa Falida Masterbus Transportes Ltda. e outros. Relator: Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, jun. 2018**. Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__00444003719965020074_83a54.pdf?Signature=xQroIzyRjVVCDE3RRaBngk4n%2Fs0%3D&Expires=1529717245&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8ca15b9356a997adbc355aa3925e06a1. Acesso em 21 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Agravo de petição proc. nº 0265900-78.2008.5.02.0035. André Beraha e Massa Falida de Nascimento Turismo Ltda. Relator: Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira. São Paulo, 14 jun. 2018. **Portal de Jurisprudências JusBrasil**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-2/attachments/TRT-2__02659007820085020035_1e2f3.pdf?Signature=dVq630GWt%2BSiuVJqXPFccpJlKR8%3D&Expires=1529874321&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5507cadaa5890685cc751035726653. Acesso em 21 jun. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf. Acesso em 6 jun 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V - enunciados aprovados. Brasília, DF, 2012. p.17. Disponível em:

http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em 6 jun 2018.

BRUSCATO, Wilges, RODRIGUES JR., Leandro Modesto. **A limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica após o novo código civil**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2769#_fftnre8. Acesso em 11 jun 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Comercial**. v. I e II, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER Jr., Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Fev. 2012. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf. Acesso em 12/06/2018.

DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONASSOLO, Stefano. **A subcapitalização como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre. 2011. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36502. Acesso em: 30 mai. 2018.

ESTADÃO. **Fundador do Boticário conta como transformou a marca na maior rede de franquias do País**. Mar. 2012. Disponível em: https://pme.estadao.com.br/noticias/noticias,fundador-do-boticario-conta-como-

transformou-a-marca-na-maior-rede-de-franquias-do-pais,1630,0.htm. Acesso em 10 jun. 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo**. Ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/garantias-consumo-incidente-desconsideracao-personalidade-juridica-relacoes-consumo. Acesso em 12/06/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. **Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018**. 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html. Acesso em 10 jun. 2018.

LOPES, Marcus Aurélio. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho**. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/94668. Acesso em 18/06/2018.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MALLET, Estevão. **Novo CPC e Processo do Trabalho à luz da IN nº 39**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v.3, n.82.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho trará segurança às partes**. Ago. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-ago-14/reflexoes-trabalhistas-aplicacao-cpc-processo-trabalho-trara-seguranca. Acesso em 12/06/2018.

MORAES, Gislaine Setti Carpe de. **A personalidade jurídica na Justiça do Trabalho**. Dez 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-dez-22/gislane-

setti-desconsideracao-personalidade-juridica-area-trabalhista. Acesso em 18 jun. 2018.

MUNIZ, Livia Gomes. **A desconsideração da personalidade juridica no Brasil. Teorias e jurisprudência**. Nov. 2012. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-juridica-no-brasil-teorias-e-jurisprud%C3%AAncia. Acesso em 29 mai. 2018.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELUSO, Cesar. **Código Civil Comentado**. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.

PIERONI, Claudio Giovanni. **Aplicação no Processo do Trabalho do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil** Fev. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58535. Acesso em 12/06/2018.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à justiça**. Nov. 2002. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/3554/a-pessoa-juridica-pobre-na-forma-da-lei-e-sua-protecao-constitucional-de-acesso-a-justica. Acesso em 11 jun 2018.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

SEBRAE. **Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil**. Mato Grosso, 2014. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD. Acesso em 10 jun. 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

VALORI FILHO, Theobaldo. **Curso de Maçonaria Simbólica (Tomo I)**. São Paulo, A Gazeta Maçônica: s.d., pp. 202-3