



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais

RICARDO BARROS DE ALMEIDA

***BENEFÍCIO DE ORDEM E A RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA: análise da aplicação do verbete nº 37 do Tribunal
Regional do Trabalho da 10ª Região.***

**BRASÍLIA
2010**

RICARDO BARROS DE ALMEIDA

***BENEFÍCIO DE ORDEM E A RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA: análise da aplicação do verbete nº 37 do Tribunal
Regional do Trabalho da 10ª Região.***

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro.

**BRASÍLIA
2010**

RESUMO

O presente trabalho tratará sobre a aplicação do Verbete nº 37 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, nos casos de condenação subsidiária, levando-se em conta o procedimento em fase executória, buscando demonstrar a partir de qual momento o responsável subsidiário será executado, tendo em vista que deverá ser respeitado o benefício de ordem, ou seja, deve-se primeiro desconsiderar a personalidade jurídica do prestador de serviços, esgotando-se todos os meios viáveis de execução contra ele, incluindo o patrimônio dos sócios e tão-somente depois de esgotados todos os meios é que será possível a execução contra o responsável subsidiário.

Palavras chaves: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Terceirização. Responsabilidade Subsidiária. Benefício de ordem. Execução Trabalhista.

SUMÁRIO

RESUMO	2
INTRODUÇÃO	4
1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO	7
1.1 Evolução histórica	7
1.2 Personalidade jurídica.....	12
1.3 Conceito da desconsideração da personalidade jurídica.....	15
1.4 Desconsideração e despersonalização	17
1.5 Desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho	18
2 A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	27
2.1 Terceirização	27
2.2 Evolução legislativa e jurisprudencial	29
2.3 Terceirização lícita e ilícita	37
2.4 Terceirização na administração pública.....	40
2.5 Responsabilidade solidária e subsidiária	43
2.6 Responsabilidade subsidiária e a culpa <i>in vigilando e in eligendo</i>	49
3 BENEFÍCIO DE ORDEM E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	53
3.1 O instituto do benefício de ordem e a responsabilidade dos sócios	53
3.2 A aplicação do benefício de ordem e da responsabilidade dos sócios no processo do trabalho	56
3.3 O instituto do benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária: análise do verbete nº 37 do tribunal regional do trabalho da 10º região	59
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, têm-se buscado cada vez mais a efetividade jurisdicional, visando à satisfação do crédito na fase executória. No Direito do Trabalho, tal finalidade é consubstanciada tão somente no fato de que o trabalhador, a parte hipossuficiente e mais fraca da relação processual, necessita de crédito para garantia de sua sobrevivência, de modo que seu salário consiste em um elemento de natureza alimentar, razão pela qual o crédito trabalhista deve ser e é classificado como prioritário.

Nesse sentido, será demonstrada a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento executório como um meio de garantia do crédito exequendo.

Trata-se de um instituto no qual é afastada temporariamente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, por autorização legal, buscando-se ingressar no patrimônio dos seus administradores e sócios a fim de responsabilizá-los por atos praticados através do uso da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legislação que invoca o instituto é colacionada no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho vêm admitindo o fenômeno da desconsideração com base na Teoria Menor, de modo que o simples inadimplemento da sociedade já autoriza a aplicação do instituto.

O presente trabalho buscará demonstrar um estudo com base na responsabilidade subsidiária, levando-se em conta qual o momento exato para execução do responsável subsidiário na relação processual.

Consistirá em um estudo aprofundado do Verbete nº. 37 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no qual dispõe que a parte somente poderá executar o responsável subsidiário após todas as tentativas contra o devedor principal (empresa prestadora de serviços),

no qual deverá ser respeitado um benefício de ordem na execução, sendo necessário primeiramente desconsiderar a personalidade jurídica da empresa prestadora de serviços e ingressar-se no patrimônio de seus sócios e administradores, levando-se em conta o tipo de sociedade conforme a legislação civil, e somente após a desconsideração da personalidade jurídica e resultando em infrutíferas as tentativas, é que será permitido executar o responsável subsidiário.

A problemática surge no fato de que a aplicação do referido verbete vêm causando várias divergências, levando-se em conta se há ou não o prejuízo ao trabalhador, este, buscando a celeridade no procedimento executório e a garantia do seu crédito exequindo para sobrevivência.

Por outro lado, é de se ressaltar que alguns Tribunais Regionais do Trabalho, em sentido contrário, vêm permitindo a opção do trabalhador em escolher, após a inadimplência da empresa prestadora de serviços, se desconsidera a personalidade jurídica ou executa diretamente o responsável subsidiário.

Nesse diapasão, buscar-se-á demonstrar que tal entendimento não merece prosperar, pois estaria criando uma responsabilidade solidária entre os sócios da empresa prestadora de serviços e a empresa responsável subsidiária, de modo que tal instituto somente pode ser aplicado em empresas do mesmo grupo econômico, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, o trabalho irá apresentar vários argumentos contra e a favor do referido verbete, levando-se em conta os preceitos legais estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação comum, esta, aplicável subsidiariamente.

No primeiro capítulo, será demonstrada a possibilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito e Processo do Trabalho.

No segundo capítulo será explicado o instituto da terceirização, seus efeitos, os resultados advindos da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho e diferença entre responsabilidade solidária e subsidiária.

Por fim, será demonstrada a aplicação do referido verbete e serão apresentados posicionamentos contra e a favor de sua aplicação, tendo em vista a interpretação controvertida sobre este procedimento executório em diversos Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil.

O presente estudo irá consistir em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, levando-se em conta a aplicação correta do verbete no procedimento executório trabalhista.

1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

1.1 Evolução histórica

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecido como *Disregard of Legal Entity*, surgiu inicialmente nos países que adotavam como sistema jurídico o *Common Law*. Conforme alguns doutrinadores, a ocorrência do primeiro caso de aplicação do instituto foi na Inglaterra, em *Salomon versus Salomon Co*, em 1897. Por outro lado, doutrinadores alegam que a primeira manifestação do instituto ocorreu nos Estados Unidos, no caso *Bank of United States v. Deveaux*. Em ambos os casos, foi desconsiderada a personalidade jurídica das empresas, visando coibir fraudes, práticas abusivas e ilícitas, e evitar prejuízos a terceiros.

No primeiro caso, *Salomon versus Salomon Co*, Aaron Salmon, comerciante individual na área de calçados, constituiu a ‘Salomon & Co. Ltd.’, onde transferiu seu fundo de comércio para a sociedade, tendo como fundadores ele e membros da sua família, entre eles, sua mulher e seus cinco filhos.

Ao decorrer do tempo, Salomon adquiriu diversos credores, de modo que cada sócio era detentor de uma ação, e Aaron Salomon 20 mil ações. Um ano após sua criação, a empresa entrou em liquidação, de modo que o patrimônio da empresa mostrava-se insuficiente diante da grande massa de dívidas adquiridas. Nesse sentido, o juiz de primeiro grau desconsiderou a personalidade da companhia, impondo a Aaron Salomon a responsabilidade pelos débitos da empresa, decisão qual foi mantida pela corte de apelação.

No entanto, a decisão foi reformada pela *House of Lords*, no qual reformou a decisão, estabelecendo uma diferença entre o patrimônio da companhia e o patrimônio dos seus sócios, preservando a autonomia patrimonial da empresa. Para alguns doutrinadores, este foi o primeiro precedente que levantou a possibilidade de ocorrência do instituto da *disregard doctrine*¹.

¹ Dentre eles destacam-se Alexandre Couto Silva, Marçal Justen Filho e Paulo Sá Elias.

Por outro lado, alguns doutrinadores, como por exemplo, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, sustentam que o primeiro caso de aplicação do instituto ocorreu nos Estados Unidos, no caso *'Bank of United States v. Deveaux'*, em 1809. Trata-se de um caso no qual o Juiz Marshall, buscando preservar a jurisdição das cortes federais americanas, desconsiderou a personalidade jurídica do Banco dos Estados Unidos e considerou a autonomia dos sócios².

Nesse sentido, entende Suzy Elizabeth Koury:

Com efeito, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as corporations, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.³

Não se trata de um caso específico de desconsideração, mas sim da primeira manifestação onde foi considerada a autonomia individual dos sócios.

Os dois casos apresentados causaram repercussões em todo o mundo, acarretando a aplicação do instituto em vários países e, inclusive, no sistema jurídico brasileiro.

No Brasil, o primeiro autor a se manifestar acerca do tema foi Rubens Requião, em conferência nomeada como *'Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica'*, onde buscou debater o tema e divulgá-lo, sustentando a possibilidade de implementação no Brasil.

Defendeu amplamente sua aplicação, visando coibir abusos de direito de fraudes realizadas pelas pessoas jurídicas e enviou sugestão à comissão encarregada de elaborar o Código Civil de 2002, razão pela qual foi aceita e incluída no artigo 50.

Assim explanou:

² FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 77.

³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2000. p. 64.

[...]diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos.⁴

Para Rubens Requião, a desconsideração da personalidade jurídica não pretende a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão e sim sua ineficácia em cada caso concreto, ou seja, nos casos de fraude, de desvio de finalidade da pessoa jurídica (abuso de direito), para prejudicar credores ou violar a lei.

Outro autor que contribuiu com seus estudos para a aplicação da desconsideração foi Fábio Ulhoa Coelho, o qual definiu sua aplicação da seguinte forma:

A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração.⁵

Antes do Código Civil de 2002, a personalidade jurídica era tratada de forma restrita, nunca podendo ser confundida com os sócios. O Código Civil de 1916, no artigo 20, definia que ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros’, ou seja, a pessoa jurídica responderia pelas dívidas e obrigações da pessoa jurídica e os sócios responderiam pelas suas dívidas pessoais. No mesmo sentido, o artigo 135 do CTN responsabilizou os administradores das sociedades em geral nas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

No entanto, o artigo supracitado do Código Tributário Nacional nada diz a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, mas contribuiu para a sua instituição e aplicação nos tribunais, afastando a barreira imposta pelo artigo 20 do Código Civil de 1916.

Nesses termos, explica Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas:

Nos tribunais, não obstante o valor absoluto com que era tratada a temática da personalidade jurídica, acabaram por ter que paulatinamente romper com a barreira do dogma para tentar atender às necessidades sociais emergentes.

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. RT. São Paulo, n. 410/12-21, p.14.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

Assim, apesar do obstáculo normativo representado pelo art. 20 do Código Civil de 1916 (não repetido expressamente no Novo Código Civil), essa teoria vem sendo aplicada, ainda que timidamente, por nossos tribunais.⁶

Nesse diapasão, houve a necessidade dos Tribunais de se adaptarem às necessidades sociais, aplicando o instituto da desconsideração nos casos de fraude e atos ilícitos praticados pela pessoa jurídica em detrimento de terceiros, mas houve receio de sua aplicação, ante a ausência de previsão legal, deixando de reprimir as fraudes e abusos cometidos.

A primeira manifestação legal do instituto da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), onde defendeu expressamente a aplicação do instituto, visando proteger as relações de consumo.

Com o surgimento da legislação expressa sobre o instituto, a desconsideração da personalidade jurídica começou a ser defendida e aplicada em vários ramos do direito, entre eles, no Direito do Trabalho e, posteriormente, no Direito Civil, com sua introdução expressa no artigo 50, com o Código Civil de 2002.⁷

No início, a desconsideração era aplicada em medida excepcionalíssima. Em regra, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica deveria ser preservada, somente sendo possível a desconsideração em casos de abuso ou fraude à lei.

No entanto, a jurisprudência vem se flexibilizando quanto à aplicação do instituto, de modo que surgiram duas teorias para o âmbito e limites da desconsideração da personalidade jurídica.

⁶ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 77.

⁷ “Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

As duas teorias foram criadas e explanadas por Fábio Ulhoa Coelho⁸. Fábio Ulhoa Coelho faz a divisão de duas teorias adotadas que são quanto aos requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica, a Teoria Maior e a Teoria Menor.

A Teoria Maior consiste que para ocorrer à desconsideração da personalidade jurídica, deverá haver requisitos específicos que a justifique, no caso, os dos artigos 50 do CC e 28 do CDC, de modo que a simples falta de fundos na sociedade não justificaria a aplicação do referido instituto. Para ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, além do inadimplemento do devedor deverá restar caracterizado o abuso de direito, ou seja, o desvio de finalidade da pessoa jurídica. Trata-se de uma teoria mais elaborada e rígida quanto à aplicação do instituto. Para Fábio Ulhoa Coelho, a Teoria Menor consiste no rompimento patrimonial da empresa mediante toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio do sócio, sendo que a simples dívida ou inadimplemento dá ensejo ao fenômeno da desconsideração.⁹ Esse entendimento começou a ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça e se estendeu aos diversos tribunais do país. Assim, segue o precedente específico que ensejou a aplicação da Teoria Menor nos Tribunais:

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

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

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

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2. p. 35.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2. p. 35.

obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

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

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

- Recursos especiais não conhecidos.” (REsp 279.273 Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 29/03/2004).

Importante ressaltar que o marco principal para a flexibilização do instituto iniciou-se a partir do uso do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, no qual definia que a aplicação da desconsideração nos casos de prejuízos causados aos consumidores. Esse artigo passou a ser utilizado por analogia nos diversos ramos do direito, tendo sido necessária a discussão do caso pelo Superior Tribunal de Justiça, pacificando o entendimento da aplicação da Teoria Menor.

Com base nesse entendimento majoritário, pode-se verificar que é possível a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade ante a insuficiência de bens ao pagamento de suas dívidas.

A aplicação da Teoria Menor abrangeu a aplicação da desconsideração em variados casos, buscando sempre o benefício dos credores e a penalização dos responsáveis pelo uso abusivo da pessoa jurídica.

1.2 Personalidade jurídica

Para entender o conceito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, torna-se necessário primeiro verificar se a sociedade é personificada, ou seja, possui personalidade jurídica. O conceito de personalidade jurídica decorre do próprio conceito de pessoa.

Pessoa é um ser, na qual a partir do momento que ela adquire personalidade, passa a exercer direitos e deveres na ordem civil. No ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa pode ser classificada como física ou jurídica.

A pessoa física adquire personalidade a partir do nascimento com vida. Carlos Roberto Gonçalves explana que ‘Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade’¹⁰. Nesse sentido, a pessoa natural, ou física, adquire personalidade a partir do nascimento com vida.

Por outro lado, a pessoa jurídica possui algumas peculiaridades no tocante à sua personalidade. Primeiramente, a pessoa jurídica é uma abstração, com personalidade jurídica própria, independente, formada pela vontade de seus membros.

Existem três teorias para explicar a natureza jurídica da pessoa jurídica. A primeira teoria, chamada de Teoria da Ficção, adotada por Savigny, define que a pessoa jurídica é mera ficção, de modo que somente os homens podem ser titulares de direitos e obrigações, sendo a capacidade da pessoa jurídica um ato ficto¹¹.

Por outro lado, a Teoria da Realidade Objetiva de Gierke, totalmente oposta à teoria de Savigny, retrata a pessoa jurídica como real, tornando-se a pessoa jurídica um ente autônomo, com vontade própria, distinta da de seus membros. Trata-se da realidade da pessoa jurídica¹².

No entanto, existe uma terceira teoria, que se chama de Teoria da Realidade Técnica, defendida por Ferrara, baseada no sentido de que a pessoa jurídica não é ficta e nem real. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa explana a teoria da realidade técnica:

Para essa teoria, o ser humano é o centro fundamental de interesse e vontade a quem o Direito reconhece personalidade. Como indivíduo, porém, não pode

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1. p. 70.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 235.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 237.

cumprir todas as atividades a que se propõe senão unindo-se a outros, o Direito deve reconhecer e proteger os interesses e a atuação do grupo social.¹³

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, a teoria adotada no Brasil é a da realidade técnica.

Para a pessoa jurídica adquirir personalidade, é necessário seu registro. A partir do registro, a pessoa jurídica passa a ser personificada, ou seja, o ente adquire personalidade jurídica e passa a atuar no mundo jurídico, exercendo seus deveres e atribuições.

É através do registro que as sociedades passam a agir como sujeitos de direito, com liberdade para atuar livremente no mundo jurídico, além de adquirir autonomia patrimonial e responder pelos seus atos. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury sedimenta que:

Uma vez personificado, o ente passa a ter existência jurídica, adquire personalidade e atua no mundo jurídico da mesma forma que as demais pessoas jurídicas, não podendo o ordenamento que o personificou ignorar esta nova realidade ou afastar arbitrariamente os seus efeitos.¹⁴

Quando a autora ressalta o afastamento dos efeitos do ente personificado, esta se refere em sua obra tão somente da necessidade da aplicação do instituto da desconsideração para a fixação dos limites de atuação da personalidade jurídica para esta nunca contrariar o interesse da lei e o interesse social.

Nesse sentido, as sociedades personificadas sempre deverão atender os limites impostos na lei, sob pena de sua desconsideração e responsabilização dos seus sócios.

Por outro lado, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro as sociedades despersonificadas, ou seja, aquelas que não possuem personalidade jurídica são assim chamadas por possuírem alguma anomalia em sua constituição, na qual impede a sociedade de adquirir personalidade jurídica.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 237.

¹⁴ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2000. p. 8.

Desse modo, verifica-se que, conforme o Código Civil Brasileiro existem somente duas sociedades despersonalizadas, a sociedade em comum (art. 986 do CC) e a sociedade em conta de participação (art. 991 do CC).

Por outro lado, as sociedades personificadas são divididas em: sociedade simples (art. 997 do CC), sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC), sociedade em comandita simples (art. 1.045 do CC), sociedade limitada (art. 1.052 do CC), sociedade anônima (art. 1088 do CC) e sociedade em comandita por ações (art. 1090, do CC).

1.3 Conceito da desconsideração da personalidade jurídica

Existem várias definições para conceituar a desconsideração da personalidade jurídica.

Trata-se de um instituto no qual é superada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a penetração no patrimônio dos sócios, buscando penalizá-los, por restar configurada a fraude e desvio de finalidade da pessoa jurídica.

Nessa linha de raciocínio, o conceito enquadra-se no que foi definido de Teoria Maior, que, conforme Fábio Ulhoa Coelho condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas tão-somente nos casos de manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto¹⁵.

Nesse mesmo sentido, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury conceitua que:

A Disregard Douctrine consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.¹⁶

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2. p. 35.

¹⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2000. p. 86.

Rubens Requião define o instituto como teoria da penetração, no qual consiste em não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios¹⁷.

Com base nesse conceito de Rubens Requião, verifica-se que a desconsideração é temporária, momentânea, aplicando-se somente no caso concreto, razão pela qual depois de cumprida sua finalidade de ingressar no patrimônio dos sócios, a sociedade volta a agir com autonomia patrimonial novamente.

Desde o início de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica era utilizada de forma restritiva, nos termos da Teoria Maior, ou seja, somente em casos de fraudes e abusos cometidos pela pessoa jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Tratava-se de um instituto que era aplicado em situações excepcionais.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, § 5º, ao flexibilizar a utilização do instituto, causou diversas controvérsias sobre a aplicação da Teoria Menor. Por tratar-se da relação de consumo, sendo o consumidor a parte mais fraca na relação jurídica, o Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar a Teoria Menor, visando à maior proteção nas relações de consumo.

Nesse diapasão, o próprio conceito da desconsideração foi ampliado, não envolvendo tão-somente os casos de fraude, abuso ou desvio de finalidade da pessoa jurídica, mas sim o simples caso de insolvência. Fábio Ulhoa Coelho explana que na Teoria Menor:

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.¹⁸

Desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto no qual visa proteger terceiros diante da simples insolvência, de modo que o simples prejuízo ao credor já

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 390.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2. p. 46.

permite o afastamento da autonomia patrimonial societária e ingresso no patrimônio dos seus sócios, visando a garantia do crédito exequendo.

1.4 Desconsideração e despersonalização

Conforme já definido, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica consiste na superação episódica, excepcional, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, nos casos elencados em lei, visando à excussão do patrimônio dos seus sócios, sem prejudicar a pessoa jurídica.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho, ao explicar o instituto, explana que a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, tratando-se de um momento episódico.¹⁹

Importante ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica não extingue a personalidade jurídica da empresa, ou seja, não desfaz o ato constitutivo da sociedade, tampouco dissolve a sociedade, ou seja, a desconsideração não conduz à despersonalização. Trata-se somente de uma ineficácia momentânea da pessoa jurídica. Nesse sentido, é importante definir o conceito da despersonalização.

No sistema jurídico brasileiro, a pessoa jurídica passa a adquirir personalidade com o registro dos atos constitutivos em órgão competente definido em lei. A partir do registro, passa a ser sujeito de direitos e obrigações. Nesse caso, se não há registro, não que se falar em personificação, e, posteriormente, não há que se falar em possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em sociedade despersonificada. Ausente a personificação, a sociedade será considerada de fato ou irregular.

No caso de sociedade de fato ou irregular, ou seja, no caso de sociedades sem personalidade jurídica, os sócios respondem diretamente pelas suas obrigações. Nesse mesmo sentido, Luciano Lucas Cardoso sedimenta que nas sociedades de fato ou irregulares os sócios

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2, p. 39.

assumem responsabilidade direta, solidária e ilimitada pelos atos praticados pela sociedade, não havendo motivo para a aplicação da desconsideração.²⁰

Enquanto a desconsideração da personalidade jurídica consiste em um fato momentâneo, episódico, a despersonalização consiste na desconstituição da personalidade jurídica, por defeitos relativos à sua constituição, causando anomalias quanto à sua formação, não permitindo a aquisição de personalidade jurídica.

Thereza Christina Nahas define a ausência de personificação societária como:

Despersonalizar quer dizer retirar a personalidade jurídica que lhe foi atribuída, e o que ocorre nas hipóteses aqui tratadas é, dentro do caso concreto, desconsiderar aquela atribuição inicial de personalidade para, dentro de determinados limites, atingir pessoas e bens que se encobrem atrás daquela personalidade.²¹

De plano, nesse diapasão, verifica-se que não há que se falar em despersonalização da personalidade jurídica, pois o referido termo não existe. Conforme já demonstrado, não há como despersonalizar o que não tem personalidade jurídica. Tampouco há que se falar em desconsideração de sociedade de fato ou irregular, pois não possuem personalidade jurídica.

1.5 Desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho

A *disregard of legal entity*, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo punir os sócios das sociedades nos casos previstos em lei, visando maiores garantias aos credores para a satisfação de seus créditos.

Nesse diapasão, a aplicação do instituto no direito e processo do trabalho já foi motivo de controvérsias.

²⁰ CARDOSO, Luciano Lucas. **A Desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro.** Revista FACTU Ciência. São Paulo, v. 3, n.2, p.118, jul./dez.2002.

²¹ NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho.** São Paulo: Atlas, 2004. p. 146.

No início da aplicação da *disregard of legal entity* no ordenamento jurídico brasileiro, muito foi discutido se a legislação trabalhista previa expressamente a aplicação do instituto, mesmo que implicitamente.

Alguns doutrinadores passaram a sustentar que o art. 2º, § 2º, da CLT, ao dispor que sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle, ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas, autorizavam a superação patrimonial do empregador e a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando a maior efetividade na prestação jurisdicional nas relações de emprego²².

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas demonstrou ser possível a desconsideração, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT. Nesses termos, explanou:

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 2º, dispõe sobre a corresponsabilidade no § 2º, sendo possível chegar à desconsideração da personalidade jurídica, quando a empresa ou várias delas encontrarem-se sob controle ou administração de outra.²³

Ademais, assevera Suzy Cavalcante Koury:

Inicialmente, releva destacar que, ao contrário do que defendem alguns estudiosos do Direito, a CLT, através do § 2º do seu artigo 2º, consagra de forma efetiva e direta a *disregard doctrine*, podendo-se afirmar que se trata do diploma legal mais antigo em nosso ordenamento jurídico a fazê-lo²⁴.

Conforme o entendimento das autoras supracitadas, o artigo 2º, § 2º, da CLT, ao dispor sobre a responsabilidade solidária de grupo econômico, considerou a aplicação da *disregard doctrine*, mesmo que implicitamente, ao consagrar a possibilidade de superação patrimonial do empregador.

²² Dentre eles, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas e Maurício Godinho Delgado.

²³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2000. p. 130.

²⁴ KOURY, Suzy Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade da execução trabalhista**. Revista LTR. São Paulo, v. 68, n.1, p.23, jan.2004.

No entanto, verifica-se que tal entendimento foi repudiado pela doutrina majoritária, que suprimiu esse posicionamento, ao dizer que a legislação trabalhista nada tratou sobre o tema, razão pela qual o instituto não foi previsto expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, Thereza Christina Nahas:

Assim, a hipótese do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho refere-se tão somente à hipótese de obrigação solidária entre empresas do grupo, não sendo necessária a desconsideração da personalidade jurídica para se chegar à obrigação solidária daquelas empresas. Não há, por assim dizer, a necessidade do reconhecimento da quebra do princípio da autonomia patrimonial para verificação de responsabilidade entre empresas, situação típica e necessária nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.²⁵

Nesse diapasão, a Consolidação das Leis do Trabalho nada dispôs sobre a desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas enfatizou, em seu artigo 2º, § 2º, obrigação solidária entre empresas do mesmo grupo econômico.

Nesse sentido, enfatiza Paula Pretti Soares, ao definir que se filou:

a corrente que não reconhece na legislação trabalhista os fundamentos do instituto da *disregard doctrine* por entendermos que o § 2º do artigo 2º da CLT diz respeito simplesmente ao estabelecimento de uma responsabilidade solidária entre as empresas que pertencem a um mesmo grupo.²⁶

No entanto, nada impediu a aplicação do instituto no Direito do Trabalho. Passou a sustentar-se que seria possível a aplicação do instituto por aplicação subsidiária, em face dos outros ramos do direito. Tal previsão encontra-se respaldada no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual dispõe que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

²⁵ NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 157.

²⁶ SOARES, Paula Pretti. **A desconsideração da personalidade jurídica nas ações oriundas da relação de emprego no direito processual trabalhista brasileiro**. Revista RCJT. São Paulo, n. 69, p. 41, mai.jun, 2008.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se buscado cada vez mais a efetividade jurisdicional, visando à satisfação do crédito na fase executória. No Direito do Trabalho, tal finalidade é consubstanciada tão somente no fato de que o trabalhador, a parte hipossuficiente e mais fraca da relação processual, necessita de crédito para garantia de sua sobrevivência, de modo que seu salário consiste em um elemento de natureza alimentar, razão pela qual o crédito trabalhista deve ser classificado como prioritário.

Amauri Mascaro Nascimento, ao tratar das funções do Direito do Trabalho, enfatiza a idéia de proteção do crédito prioritário do trabalhador nos seguintes termos:

[...]o Direito do Trabalho, traz em suas origens, e sobre esse ponto não há dúvidas, a idéia de proteção ao trabalhador diante do poder econômico, expressão do humanismo jurídico significando na medida em que promove a intervenção jurídica para equilibrar melhor o relacionamento entre o homem que trabalhar e as fontes que comandam sua atividade, o que pressupõe, por meio das normas jurídicas, uma plataforma de direitos básicos do trabalhador adequada a esse fim.²⁷

Ademais, Paula Pretti Soares explana que:

a finalidade do Direito do Trabalho e Processual Trabalhista é de garantir o direito do trabalhador, considerando a hipossuficiência do mesmo, a natureza alimentar do crédito trabalhista e a idéia de que ele não pode participar do risco do empreendimento, ao passo que também não participa na mesma proporção de seu sucesso.²⁸

Nesse diapasão, o artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe que na ausência de disposição legal a respeito de qualquer tema, será possível aplicar o direito comum, de forma subsidiária.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 59.

²⁸ SOARES, Paula Pretti. **A desconsideração da personalidade jurídica nas ações oriundas da relação de emprego no direito processual trabalhista brasileiro**. Revista RCJT. São Paulo, n. 69, p. 41, mai.jun, 2008.

Amauri Mascaro Nascimento enfatiza que o Direito do Trabalho é mais normativo e menos obrigacional, o que não impede a utilização de princípios do Direito Civil nas relações de trabalho, individuais e coletivas.²⁹

Ademais, conforme explanado anteriormente, o princípio da proteção, basilar e fundamental do Direito do Trabalho, consiste na utilização de todos os meios legais cabíveis que possam tutelar o trabalhador.

Maurício Godinho Delgado ressalta a importância deste princípio, ao concluir que:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.³⁰

Assim, verifica-se que com base no princípio da proteção, serão aplicados no Direito do Trabalho todos os meios que visem à tutela do trabalhador, aplicando-se subsidiariamente, nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas de direito comum.

Sob esse enfoque, conforme já explanado, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica possui previsão legal no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, há de se ressaltar que não há nenhum óbice na Consolidação das Leis do Trabalho que impeça a aplicação subsidiária do artigo 50 do Código Civil no Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de um dispositivo aplicável.

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 363.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 183.

No tocante a aplicação do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, este já foi motivo de controvérsias, em razão de sua especificidade às relações de consumo. Sérgio Pinto Martins defende sua inaplicabilidade, nos seguintes termos:

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) não pode ser usado como fundamento para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e ser exigida a dívida trabalhista do sócio, pois trata de proteção ao consumidor e não de regra processual do trabalho. O referido dispositivo é claro em ser aplicado para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade em relação a prejuízo ao consumidor.³¹

Por outro lado, Luiz Marcelo Figueiras de Góis entende que:

Não restam dúvidas de que a ratio do dispositivo presente no Código de Defesa do Consumidor é semelhante à dos institutos de Direito do Trabalho. Ambos visam a proteger a parte mais fraca. A regra da desconsideração prevista no CDC, portanto, mostra-se muito compatível “com os princípios fundamentais” do sistema juslaboral (art. 8º, parágrafo único, CLT).³²

Nesse sentido, a jurisprudência vem seguindo no entendimento de aplicar subsidiariamente o artigo 50 do Código Civil no Direito e Processo do Trabalho e por analogia, o artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, colhem-se os seguintes precedentes tornando-se possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito e Processo do Trabalho:

APLICABILIDADE DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, INCISOS II, XXII, XXXV, XXXVI, LIV E LV. IMPROCEDENTE.

No presente caso, vale ressaltar, que por serem prioritários, os créditos trabalhistas não podem ficar a descobertos, por isso, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém solidária e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados. (TST- AIRR – 3.603/1997-035-12-40.8 – Rel. Juiz Convocado Luiz Carlos Gomes Godoi, DJ de 22/09/2007)

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 593.

³² GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Revista Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. São Paulo, n. 11, p. 356, jun 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PENHORA DE BEM DO SÓCIO. PRINCÍPIO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. Decisão, em sede de agravo de petição, mantendo a sentença que validara penhora de bem do sócio com apoio no princípio da desconsideração da personalidade jurídica, não afronta o art. 5º, LV, da CF. Controvérsia dirimida com apoio na interpretação de dispositivos da legislação infraconstitucional. Impossibilidade de processamento de recurso de revista em execução. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST- AIRR- 2.740/2002-036-02-40.4 – Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 23/10/2009)

Ademais, em face da natureza alimentar do crédito trabalhista, torna-se eficaz e possível a desconsideração da personalidade jurídica no Direito e Processo do Trabalho, seja por aplicação subsidiária do art. 50 do Código Civil, seja por aplicação analógica do artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo de sua aplicação será a satisfação do crédito, não podendo o trabalhador ficar desamparado ou prejudicado, devendo utilizar-se de todos os meios possíveis a acarretar o adimplemento do empregador.

Nesse sentido, Hermelino de Oliveira Santos:

Devemos ter em conta que este crédito é privilegiado, diante de seu caráter alimentar, a autorizar o credor perseguir sua satisfação em relação ao patrimônio que com a força de seu trabalho ajudou a construir, não importando quem detenha sua propriedade ou posse.³³

Comprovada a aplicação do instituto da *disregard of legal entity* no Direito e Processo do Trabalho, torna-se mister discutir sobre outra questão.

O artigo 50, do Código Civil, ao dispor as hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, impõe dois requisitos: abuso ou fraude à lei.³⁴ Conforme já explanado, trata-se da Teoria Maior, uma teoria mais rígida,

³³ SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 212.

³⁴ “Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

autorizando a superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente em situações excepcionabilíssimas.

Nesse sentido, verifica-se incabível a aplicação da Teoria Maior no Direito e Processo do Trabalho, pois o objetivo da aplicação do instituto é a garantia do crédito, buscando a satisfação do credor trabalhista, ou seja, do trabalhador, que busca o Poder Judiciário visando obter a declaração dos seus direitos e a utilização de todos os meios coercitivos até a satisfação integral de dívida do devedor.

Não seria viável o ingresso no patrimônio dos sócios buscando a satisfação do crédito somente nos casos de abuso ou fraude à lei. Impor esses requisitos seria criar um obstáculo ao empregado, tendo em vista que este tem a necessidade de receber seu crédito o mais rápido possível, razão pela qual incabível a Teoria Maior.

Nesse diapasão, Hermelino de Oliveira Santos:

não será de se exigir do credor trabalhista prova de que houve abuso da estrutura formal da pessoa jurídica autorizante de sua desconsideração. Impor ao empregado esse ônus seria transformar o processo judiciário não em um instrumento a serviço do direito material trabalhista e do caráter alimentar do crédito resultante, mas sim em um obstáculo ao exercício desse direito.³⁵

Ademais, Paula Pretti Soares reforça a necessidade da aplicação da Teoria Menor, nos seguintes termos:

nos filiamos a Teoria Menor, por compreendermos que a ocorrência da insuficiência dos bens da pessoa jurídica e a existência de débitos trabalhistas pendentes de pagamento representam motivos mais do que suficientes para a responsabilidade subsidiária dos sócios.³⁶

³⁵ SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 213.

³⁶ SOARES, Paula Pretti. **A desconsideração da personalidade jurídica nas ações oriundas da relação de emprego no direito processual trabalhista brasileiro**. Revista RCJT. São Paulo, n. 69, p. 43, mai.jun, 2008.

Nesses termos, cabível a aplicação do instituto da *disregard of legal entity* no Direito e Processo do Trabalho, que visa a satisfação do crédito trabalhista na fase executória, resultando em um meio de garantia do credor.

2 A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

2.1 Terceirização

Atualmente, empresas privadas e a Administração Pública vêm adotando novos métodos de descentralização de determinadas atividades, consideradas atividades meio, visando delegá-las a terceiros, com o intuito de adquirir agilidade, redução de custos, flexibilidade e celeridade na produção de serviços.

Trata-se de uma contratação de uma empresa interposta que tem o objetivo de realizar atividades que não constituem as principais atividades da empresa tomadora de serviços, ou seja, serviços meramente secundários, que, ao delegar essas atividades para a empresa prestadora de serviços, o tomador de serviços poderá se concentrar na sua atividade fim, visando melhorar seu processo produtivo.

Sérgio Pinto Martins define a terceirização como a contratação de terceiros visando à realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa.³⁷

Nesse sentido, também define Rubens Ferreira de Castro:

uma moderna técnica de administração de empresas que visa o fenômeno da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessa atividade, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal.³⁸

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado conceitua a terceirização como:

o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços juslaboralistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

³⁸ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.³⁹

Nesse contexto, verifica-se que, conforme explanado pelo doutrinador, a terceirização consiste em uma relação trilateral entre o obreiro, empresa prestadora de serviços, ou seja, aquela que contrata o trabalhador e a empresa tomadora de serviços, sendo esta a empresa principal, que contrata a empresa terceirizada para a realização de determinadas atividades.

Ives Gandra da Silva Martins Filho explica a finalidade da terceirização, que consiste na redução dos custos da produção pela especialização, com concentração da empresa principal na sua atividade produtiva fundamental e subcontratação de empresas secundárias para a realização das atividades acessórias e de apoio.⁴⁰

Nesse contexto, a terceirização irá consistir em uma relação triangular onde o empregado, contratado pela empresa interposta ou prestadora de serviços, a este subordinado, realiza atividades secundárias em face da empresa tomadora de serviços.

Sérgio Pinto Martins entende que a terceirização pode ser classificada em inicial, intermediária e avançada. Nesse contexto, explica que a inicial consiste nas atividades que a empresa repassa a terceiros atividades não preponderantes ou necessárias.⁴¹

A intermediária consiste em atividades mais ligadas à atividade principal da empresa e a avançada consiste nas atividades ligadas diretamente à empresa, consistindo em uma terceirização em sua atividade fim.⁴²

Importante ressaltar que a subordinação do empregado e o exercício de sua atividade, elementos principais que irão diferenciar as modalidades de terceirização, deverão ser

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 414.

⁴⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

em face da empresa interposta ou prestadora de serviços e não em face da empresa tomadora, não havendo que se falar em relação e empregado empresa tomadora. Desse modo, será explicado posteriormente as consequências deste tipo de subordinação, que irão acarretar em modalidades de terceirização.

2.2 Evolução legislativa e jurisprudencial

No Brasil, o instituto da terceirização surgiu a partir da segunda metade do século XX, quando do surgimento de empresas multinacionais no país. Essas empresas passaram a adotar diversos métodos buscando adequar-se à competitividade no mercado interno. Desse modo, passou-se a terceirizar atividades não essenciais, o que já vinha ocorrendo em outros países estrangeiros.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins explica que a terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.⁴³

Nesse diapasão, muito se enfatizou sobre esse a adoção desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, ante a ausência de previsão legislativa para a adoção desses métodos, o que passou a atrair problemas na esfera trabalhista.

Conforme Rubens Ferreira de Castro, as primeiras manifestações legais que normatizaram o fenômeno da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro foram a Lei n. 4.886/65 e os Decretos-Leis n. 1.212/66 e n. 1216/66.⁴⁴

A Lei n. 4.886/65 dispõe e regulamenta sobre a representação comercial autônoma. Rubens Ferreira de Castro destaca que essa foi à primeira lei a tratar sobre a terceirização, pois:

A representação comercial autônoma envolve a execução de atividades acessórias ligadas à atividade-fim de empresa mercantil e o labor não é exercido

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

⁴⁴ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

com personalidade e subordinação direta. Com isso, fica evidente a existência de um típico contrato civil que envolve relações de trabalho, sem que configure o contrato de trabalho.⁴⁵

Por outro lado, os Decretos-Leis n. 1.212/66 e n. 1216/66 permitiram a descentralização de serviços de segurança prestados por empresas particulares em agências bancárias.

No entanto, Maurício Godinho Delgado entende que a primeira manifestação expressa no ordenamento jurídico brasileiro do fenômeno da terceirização ocorreu com o Decreto-Lei n. 200/67.⁴⁶

Este Decreto consistiu na primeira manifestação de terceirização no âmbito da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios. O artigo 10, *caput* e parágrafos, do referido Decreto-Lei, permitia a descentralização de determinadas atividades, mediante contrato, desde que houvesse capacidade financeira suficiente para o desempenho de suas funções.⁴⁷

Logo após o Decreto-Lei n. 200/67, surgiu a Lei n. 6.645/70, com o intuito de exemplificar algumas atividades que poderiam ser descentralizadas (artigo 3º, parágrafo único), nos termos do Decreto anterior, entre elas, transportes, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, entre outros.

Após este Decreto-Lei, foi editada a Lei 6.019/74, que regula o trabalho temporário, autorizando expressamente a terceirização desde que obedecidos seus requisitos.

Por fim, após a Lei do Trabalho Temporário, foi publicada a Lei 7.102/83, que regula sobre segurança e vigilância em estabelecimentos bancários.

⁴⁵ CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126.

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 415.

⁴⁷ “Art.10, § 7º: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Maurício Godinho Delgado ressalta a expansão da terceirização com o surgimento dessas duas leis no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando que:

o processo terceirizante expandiu-se largamente no âmbito privado da economia fora das hipóteses jurídicas previstas nessas duas leis, mediante fórmula de terceirização permanente sem regulamentação expressa em textos legais trabalhistas. É claro que se poderia falar em aplicação analógica dos dois diplomas normativos referentes à Administração Pública (art. 10, caput, Decreto-lei n. 200/67 e Lei 5.645/70), autorizando-se, genericamente, a terceirização de atividades meramente instrumentais da empresa tomadora, suas atividades efetivamente meio.⁴⁸

Nesse diapasão, verifica-se a importância da instituição dessas duas leis no ordenamento jurídico brasileiro, onde se passaram a ampliar as hipóteses de terceirização de atividades em diversos âmbitos, seja de empresas privadas, seja na Administração Pública.

Por fim, foi instituída pela Lei n. 8949/94, o parágrafo único do artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispõe que no caso de sociedade cooperativa, não haverá vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre seus associados e os tomadores de serviços, baseando-se esse entendimento na mesma linha de raciocínio da terceirização.

Como se observou, a terceirização foi instituída com o objetivo de descentralizar tão-somente atividade-meio, ou seja, atividades meramente secundárias, que poderiam ser atribuídas a terceiros, mediante empresa interposta. Ressalte-se que em nenhum momento as referidas leis trataram de descentralização de atividades-fins.

Mesmo após com o advento dessas leis, a terceirização passou a causar várias interpretações jurisprudenciais perante os Tribunais Regionais do Trabalho do país, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar enunciados sobre o respectivo tema.

Nesse diapasão, a partir da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais, foi editado o primeiro entendimento cristalizado sobre o respectivo tema, a Súmula 239 do Tribunal Superior do Trabalho.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p .419.

A citada súmula, aprovada pela Resolução Administrativa do TST n. 15 de 1985, determinava que o empregado de empresa de processamento de dados que prestava serviço exclusivo a banco integrante do mesmo grupo econômico, era considerado bancário. Nesse sentido, o obreiro que prestava exclusivamente serviços para o banco e era contratado pela empresa terceirizada de processamento de dados, formava vínculo direto com o banco, em decorrência do preenchimento dos requisitos do vínculo empregatício.

Sérgio Pinto Martins explanou que a finalidade da edição dessa súmula foi baseada tão somente com o escopo de evitar fraudes que vinham se estendendo no sistema bancário. Nesse sentido, enfatizou:

Um dos objetivos principais da edição do Enunciado 239 do TST foi coibir a fraude que se entendia estar havendo no sistema bancário. Os bancos constituíam empresas de processamento de dados, nas quais registravam empregados que passavam a ter 8 horas de trabalho e não as 6 horas dos bancários.⁴⁹

A referida súmula buscou evitar o sistema fraudulento utilizado pelos bancos, que, a partir do momento que o empregado de processamento de dados prestasse atividades para bancos do mesmo grupo econômico, estaria este executando atividade exclusiva em benefício do banco.

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu que, para diferenciar se a atividade do obreiro era exclusiva ou não do banco, seria necessário verificar se o obreiro prestava serviços de processamento de dados para outras empresas não ligadas à área bancária. Nesse contexto, conclui-se que o referido enunciado buscou evitar fraudes e coibir a utilização de processamento de dados como atividade-fim.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado considera que a primeira manifestação jurisprudencial pacificada sobre o referido tema ocorreu com a edição da Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho.⁵⁰

⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 107.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 423.

A Súmula 256 do TST surgiu com a edição da Resolução Administrativa n. 4 de 1986 do TST e tinha a redação no sentido de que salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, ou seja, aqueles previstos nas Leis n. 6.019/74 e 7.102/83, era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços.⁵¹

A partir da redação do novo verbete, várias controvérsias foram surgindo. Primeiramente, a nova súmula somente permitia terceirização nos casos da lei do contrato temporário e dos serviços de vigilância bancária. O TST buscou evitar a terceirização generalizada, restringindo os casos tão-somente nessas duas hipóteses.

Assim, passou-se a condenar a terceirização permanente, ou seja, aquelas no caso em que a contratação excedia o prazo de 90 dias previsto na lei do trabalho temporário e aquelas que não seriam de vigilância bancária.

Nesse sentido, a controvérsia se deu na questão de que o referido verbete somente permitia a terceirização nos casos das duas leis. Contudo, várias questões foram levantadas, pois a lei nada proibia a terceirização de outras prestações de serviços.

A partir dessa questão, muito foi discutido se outras atividades, como, por exemplo, a terceirização de serviços de limpeza seria ilícita por não estarem previstas no referido enunciado, o que levou a questionar o Tribunal Superior do Trabalho se o Verbetes 256 possuía um rol exemplificativo ou exaustivo.

Sérgio Pinto Martins considerou que:

Assim, não são taxativas, mas meramente exemplificativas as hipóteses contidas no Enunciado 256 do TST. O que se deve evitar é a formação de empresas existentes apenas no papel, que têm falta de idoneidade financeira, quando aí irá

⁵¹ Súmula 256: Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n° 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

responder aquele que escolheu a empresa prestadora de serviços, pois houve culpa *in eligendo*.⁵²

Nesse mesmo contexto, Maurício Godinho Delgado:

Não obstante isso, a mencionada súmula *pareceu* fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 – exceções consubstanciadas de um comando legal ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula em exame.⁵³

Assim, ao excepcionar as hipóteses de terceirização, verifica-se que o Tribunal Superior do Trabalho precisou rever esse entendimento, de modo que alguns precedentes passaram a admitir a terceirização de outras atividades. Nesse diapasão:

Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadoras, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256, da Súmula desta Colenda Corte, há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviços em espécies outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar, na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor.⁵⁴

Sérgio Pinto Martins considera que, a partir deste precedente, a Súmula 256 do TST passou a ser adotada de maneira exemplificativa, o que ainda não acabou com as controvérsias em relação à terceirização de empresas prestadoras de serviços.⁵⁵

Diante da necessidade de rever o referido verbete, o Tribunal Superior do Trabalho buscou outra forma de solucionar o problema. Foi editada a Súmula 331 pela Resolução Administrativa n. 23 de 1993, a qual revisou totalmente a redação do Enunciado 256, abrangendo as modalidades de terceirização e seus efeitos.

⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**.6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 124.

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 422.

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**.5.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 116.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**.6.ed.São Paulo: Atlas, 2003. p. 126.

Maurício Godinho Delgado enfatizou a importância e as inovações da nova

Súmula:

A Súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 267/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividade-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade no concurso público.⁵⁶

Nesse contexto, serão examinados os quatro incisos do verbete supracitado, explanando suas inovações no ordenamento jurídico brasileiro.

O inciso I do referido verbete determinou que a contratação de trabalhadores por empresa interposta seja considerada ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de contrato temporário. Diante desse contexto, o inciso I somente seria aplicável nos casos em que, sendo o obreiro contratado pela Lei 6.019/74 e, existindo fraude em sua contratação, como, por exemplo, o exercício da atividade fim, restaria configurado o vínculo direto com o tomador de serviços.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins explica que:

A contratação de trabalhadores por empresa interposta não é, na verdade, ilegal, apenas quando exista fraude, com o objetivo de frustrar a aplicação da lei trabalhista. Nesses casos, o vínculo de emprego pode formar-se com o tomador de serviços.⁵⁷

Desse modo, uma contratação que exceda o prazo de 90 dias previsto na lei do contrato temporário e existindo fraude para aplicação da lei, poderá ocorrer o vínculo de emprego com o tomador de serviços.

O inciso II da Súmula 331 previu que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. Este inciso passou a adotar o entendimento consolidado

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 423.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 132.

após a edição da Carta Magna de 1988, onde determinou a proibição de vínculo, nos casos de terceirização com base no Decreto 200/67, ou seja, quando o tomador de serviços é um ente da Administração Pública.

Tal proibição se deu com base no artigo 37, II, da Constituição Federal, de modo que restou meramente proibida a contratação de servidor sem prévia aprovação em concurso público, salvo nos casos previstos em lei. Nesse sentido, será considerada ilegal a formação de vínculo com o tomador de serviços, que, conforme será explanado posteriormente, irá acarretar contrato nulo e terceirização ilícita.

No mesmo contexto do inciso I do referido verbete, o inciso III determinou que não restará configurado o vínculo empregatício com o tomador de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

O referido inciso inovou as modalidades de terceirização, generalizando e permitindo a terceirização de todo e qualquer serviço especializado ligado a atividade-meio, o que era vedado pela Súmula 256, que apenas previa a terceirização nos casos de contrato temporário e vigilância.

Nesse sentido, a terceirização passou a ser admitida de forma generalizada, desde que obedecidos os requisitos legais impostos pela súmula, ou seja, a atividade deve ser ligada a atividade meio do tomador de serviços.

No entanto, se houver subordinação direta e pessoalidade com tomador de serviços, restar-se-á formado o vínculo com o mesmo.

Com a edição da Súmula 331, o inciso IV, passa a exigir a previsão no sentido de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Quanto à responsabilidade subsidiária, esta será explicada posteriormente. No que se refere ao alcance desta responsabilidade, é importante ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho precisou mudar a redação do referido inciso, de modo que com a Resolução Administrativa n. 96 de 2000, ampliou o rol dos responsáveis subsidiariamente de modo que passaram-se a incluir os órgãos da administração pública direta, indireta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, nos termos do art. 71 da Lei 8.666/93.

2.3 Terceirização lícita e ilícita

A terceirização pode ser classificada em lícita ou ilícita. Nesse contexto, para diferenciar uma da outra, é necessário examinar minuciosamente a Súmula 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Primeiramente, é necessário conceituar as duas modalidades. Sérgio Pinto Martins define a terceirização lícita como a que observa os preceitos legais relativos aos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego.⁵⁸

A partir dessa definição, a terceirização lícita é baseada tão-somente na obediência da lei e da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Desse modo, além dos requisitos que não contrariem a súmula 331, existe um elemento fundamental da relação de emprego que poderá diferenciar a modalidade de terceirização. Trata-se do elemento subordinação.

A subordinação é baseada tão-somente no poder diretivo do empregador em face de seus trabalhadores. Maurício Godinho Delgado enfatiza que a subordinação consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.⁵⁹

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 281.

Nesse mesmo diapasão, Amauri Mascaro Nascimento a define como a situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que o desempenhará.⁶⁰

Na mesma linha da doutrina majoritária, Ives Gandra da Silva Martins Filho estabelece o conceito de subordinação como à dependência do empregador, de quem esse recebe as ordens.⁶¹

Com base nos conceitos supracitados, a subordinação deverá ocorrer entre o obreiro e a empresa terceirizada, ou seja, a empresa prestadora de serviços. Além disso, deverá o obreiro prestar atividade essencial da empresa terceirizada, sendo esta atividade secundária da empresa tomadora de serviços, ou seja, trata-se de uma atividade fim da empresa terceirizada, mas em relação à empresa tomadora deverá ser considerada atividade meio, secundária.

Nesse mesmo contexto, Sérgio Pinto Martins:

Os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando é nas dependências do tomador.⁶²

Com base nesta afirmação, a subordinação jurídica deverá ocorrer entre o empregado e a empresa prestadora de serviços. Do mesmo jeito, deverá ser a personalidade.

A personalidade consiste na prestação do empregado, este pessoa física, nos termos do art. 3º da norma consolidada, em face do empregador, de modo que este se encontra em uma relação *intuitu personae*. Conforme Amauri Mascaro Nascimento, significa:

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 103.

⁶¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 153.

A inserção do trabalhador na organização empregadora na qual, sob o poder de direção e disciplinar do empregador, põe-se como subordinado, situação essa que por si só já justifica a proteção aos seus direitos não só materiais mas, também, de personalidade, estes mais expostos quando alguém entra numa organização alheia para cumprir ordens de serviço e de disciplina que dela emanam, com o que o vínculo transcende a esfera de mera relação de troca entre salário e trabalho.⁶³

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, ao demonstrar seu entendimento sobre a terceirização lícita, explana que a subordinação e a pessoalidade terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora de serviços terceirizados.⁶⁴

Ademais, esse é o entendimento da Súmula 331, III, no qual prevê que a partir da inexistência entre a subordinação e a pessoalidade em face do tomador de serviços, não haverá que se falar em vínculo de emprego.

Desse modo, sendo constatada a subordinação e pessoalidade perante o tomador de serviços e verificando a realização de atividades fins da empresa tomadora, restará configurada a terceirização ilícita.

Para Ives Gandra da Silva Martins Filho, a terceirização ilícita poder ser definida em dois conceitos: primeiramente, é aquela que consiste na mão-de-obra em atividade fim de empresa privada e a segunda, a locação permanente de mão-de-obra em atividade-fim de empresa estatal, na qual seja possível a realização de concurso público.⁶⁵

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins define que a terceirização ilícita é aquela a que se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraude e a prejuízos a trabalhadores.⁶⁶

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 611.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 425.

⁶⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

Nesse diapasão, para verificar se a terceirização é ilícita, deve-se verificar primeiramente se há contrariedade as regras estabelecidas no Enunciado 331 do TST. Havendo contrariedade aos seus dispositivos, estar-se-á diante de uma terceirização ilícita.

Verifica-se que esta é baseada tão-somente no exercício de atividades-fins pelos empregados da empresa prestadora de serviços e da existência de pessoalidade e subordinação entre estes e o tomador de serviços, ocorrendo a formação do vínculo de emprego entre eles.

Quanto aos efeitos, a terceirização ilícita irá acarretar em duas consequências. Primeiramente, será reconhecido o vínculo empregatício com o tomador de serviços, nos termos da Súmula 331, I e III, do TST. Também, será reconhecido o direito ao empregado o direito de equiparação se este desempenha as mesmas atividades que um trabalhador na empresa tomadora.

2.4 Terceirização na administração pública

Conforme já explicado e relatado, o instituto da terceirização surgiu no âmbito da Administração Pública com a edição do Decreto n. 200/67, onde permitia a descentralização de atividades secundárias, mediante contrato, desde que a empresa terceirizada possuísse iniciativa privada suficiente desenvolvida e capacidade para desempenhar os encargos em sua execução.

Com o advento da Súmula 256 do TST, já mencionada anteriormente, a terceirização somente era permitida nos casos da lei do trabalho temporário e de serviços de vigilâncias bancários e assim passou a ser no âmbito estatal.

Nesse sentido, a jurisprudência admitia o vínculo entre a Administração Pública e o empregado da empresa terceirizada, nos casos de terceirização ilícita. Esse era o entendimento da Súmula 214 do extinto Tribunal Federal de Recursos, onde dizia que a prestação de serviço em caráter contínuo, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia.

Com base nesse entendimento, Sérgio Pinto Martins:

O entendimento inicial de parte da jurisprudência era no sentido da formação do vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública, caso houvesse fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora de serviços, principalmente em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, pois a Lei n. 5.645/70 só se referia à administração direta e autárquica.⁶⁷

No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente passou-se a admitir ingresso na Administração Pública, mediante prévia aprovação em concurso público, nos termos do artigo 37, II e § 2º, incluindo-se os casos de terceirização ilícita.

Maurício Godinho Delgado enfatizou o impacto da nova Carta Magna em face da terceirização:

A Constituição de 1988 lançou uma especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional. É que a Carta Magna colocou a aprovação em aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito (art. 37, II e § 2º, CF/88). Nesse quadro insculpiu um expresse obstáculo, desde 5.10.1988, ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização.⁶⁸

Desse modo, mesmo diante da ilicitude da terceirização, impossível será de configurar o vínculo de emprego em face do tomador de serviços, pois a Constituição somente considerou válido o ingresso no âmbito estatal mediante prévia aprovação em concurso público, sob pena de nulidade do ato.

Nesse sentido, enfatizou Sérgio Pinto Martins, ao dizer que não gera vínculo de emprego a prestação de serviços do trabalhador para a administração direta, indireta e empresas estatais.⁶⁹

Ressalte-se que logo após a Constituição, foi editada em 1993 a Súmula 331, onde em seu inciso II reforçou o mesmo entendimento, no sentido de que a contratação irregular

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 139.

⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 429.

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 141.

de trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo de empregado com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Ademais, verifica-se que no mesmo ano da edição do verbete supracitado, foi editada a Lei 8.666/93, que se trata especificamente de normas para licitações e contratos com a administração pública.

Nesse contexto, o artigo 71, § 1º, da referida lei, alterada pela Lei 9.032/95, dispõe a Administração Pública não poderá ser responsável pelo pagamento de encargos trabalhistas.⁷⁰

Verifica-se que o referido artigo restringiu, ainda mais, as consequências de terceirização ilícita no âmbito da administração. Desse modo, se um empregado acionasse a justiça, argüindo vínculo perante o Estado, este não seria reconhecido por dois óbices: ausência de concurso público e impossibilidade da administração responder por encargos trabalhistas de empresas concessionárias ou permissionárias.

A partir desse entendimento, muito foi discutido acerca do que aconteceria nos casos de terceirização ilícita, pois apesar de a contratação ser nula, o Estado teria se beneficiado no trabalho do obreiro.

No entanto, restou pacificado que sem concurso público, o empregado não poderá pleitear vínculo perante a Administração Pública.

Ademais, no caso de inadimplemento da empresa prestadora quanto às verbas trabalhistas, o ente público irá responder subsidiariamente ao pagamento das referidas verbas, nos termos da Súmula 331, IV, do TST, tópico que será examinado posteriormente.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado:

⁷⁰ “Art. 71, § 1º: a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.”

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, pois tais verbas, a entidade estatal tomadora de serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV, do TST; Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, caput, II e § 2º, CF 88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.⁷¹

Assim, comprovada a impossibilidade de vínculo no âmbito estatal, será analisada a responsabilidade subsidiária na terceirização.

2.5 Responsabilidade solidária e subsidiária

Antes de iniciar o estudo da responsabilidade solidária e subsidiária, torna-se necessário conceituar o que é responsabilidade.

Todos os sujeitos possuem responsabilidade de um ato no mundo jurídico. Conforme leciona Rui Stoco, a responsabilidade surge a partir do ato ilícito, na qual esta é gerada a partir de uma ação imputável a alguém que, violando o ordenamento jurídico, invade a esfera jurídica de outrem.⁷²

Com base no mesmo conceito, Pablo Stolze Gagliano define que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).⁷³

Nesse sentido, a partir do ato ilícito, o sujeito passa a responder pelo prejuízo causado a outrem, desde que comprovado o dano e o nexo de causalidade. Assim ocorre na responsabilidade civil, âmbito que engloba as relações de direito privado.

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 432.

⁷² STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 120.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

Assim, Rui Stoco conceitua a responsabilidade civil como aquela que traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.⁷⁴

Assim, verifica-se que para ser imputada a responsabilidade, deve-se comprovar o dano e o comportamento ilícito do agente que violou a norma jurídica.

A partir do conceito de responsabilidade tratado, será analisado o conceito de responsabilidade solidária e subsidiária no âmbito do Direito do Trabalho.

Depois de pactuado o contrato de trabalho, surge à obrigação de ambas as partes de cumprirem o que foi acordado. Trata-se de um contrato sinalagmático, ou seja, há obrigações de ambas as partes de cumprirem seus deveres e obrigações.

Sílvio de Salvo Venosa assim define:

Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. Assim é a compra e venda. O vendedor deve entregar a coisa e pagar o preço; cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca de obrigações. Daí por que muitos preferem a denominação contratos sinalagmáticos.⁷⁵

Desse modo, as partes são obrigadas a cumprir o que foi pactuado, sob pena de ingressarem no Poder Judiciário e reclamar sobre seus direitos.

Atualmente, o inadimplemento das verbas trabalhistas é o motivo de vários processos que vêm causando hipertrofia na Justiça do Trabalho, em face do não cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho, deixando o empregado desamparado, violando as normas pactuadas.

⁷⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 362.

É a partir desse fato que surge a responsabilidade do empregador. Assim, explicaram Ana Flávia Paulinelli Rodrigues, Denise Couto Bernardes e Mônica Guedes Pereira:

No caso do contrato de trabalho, o empregador é responsável pelas obrigações previstas na lei, convenções coletivas, ou no contrato individual em relação ao empregado. Assim, há responsabilidade pelo pagamento do salário, pela proteção do ambiente do trabalho com o oferecimento de equipamento de proteção individual ou o respeito ao piso e outras condições de trabalho previstas coletivamente. São esses exemplos de obrigações contratuais que importam na responsabilidade contratual do empregador.⁷⁶

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado ressalva que:

A responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o pólo passivo dessa relação. Essa a norma geral e recorrente do Direito do Trabalho, que não foge, assim, da conduta geral também prevalecente no restante do Direito: o devedor principal (na hipótese justralhista, o empregador), integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, é que responde pelas obrigações resultantes dessa relação.⁷⁷

Nesse diapasão, ao descumprir normas do contrato de trabalho, surge à responsabilidade, que, conforme já explicado, consiste na obrigação de reparar o ilícito causado, ou seja, o descumprimento de cláusula contratual.

Ademais, Ives Gandra da Silva Martins Filho, explana que:

A responsabilidade pelos direitos trabalhistas não se limita àquele que contratou diretamente o empregado ou trabalhador, estendendo-se a todos aqueles que, de alguma forma, se beneficiaram de seus serviços ou guardam relação jurídica com o contratante.⁷⁸

Assim, será verificado posteriormente que em alguns casos, como a terceirização, o tomador de serviços também poderá responder pelo inadimplemento das verbas trabalhistas em face do descumprimento do prestador de serviços

⁷⁶ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes.

Terceirização no direito do trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 250.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 451.

⁷⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

É importante ressaltar que o descumprimento nem sempre se dará pela parte do empregador. Existem casos que o próprio empregado poderá violar as normas contratuais, de modo que responderá pelos seus atos, podendo ser até demitido por justa causa, se a causa for elencada em uma das alíneas do artigo 482 da Norma Consolidada.

Em face do inadimplemento das verbas, a responsabilidade do empregador poderá ser solidária ou subsidiária.

A responsabilidade solidária, prevista no art. 2º, § 2º, da CLT, é baseada no conceito de solidariedade passiva prevista no Código Civil. O artigo 275 dispõe que o credor tem o direito de receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum, de modo que se tiver pagamento parcial, todos os demais devedores continuam solidariamente pelo resto.

No entanto, o § 2º, do art. 2º da Norma Consolidada restringiu a solidariedade passiva restritamente no âmbito de grupos econômicos. Para Maurício Godinho Delgado, o grupo econômico define-se como:

A figura resultante da vinculação trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer natureza econômica.⁷⁹

Desse modo, a Consolidação das Leis do Trabalho atribuiu a responsabilidade por créditos trabalhistas a empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Assim, verifica-se que foi atribuída a responsabilidade solidária destas no caso de inadimplemento da empresa contratante.

Salientou Maurício Godinho Delgado:

Esse efeito legal confere ao credor-empregado o poder de exigir de todos os componentes do grupo ou de qualquer deles o pagamento por inteiro de sua

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 385.

dívida, ainda que tenha laborado (e sido contratado) por apenas uma das pessoas jurídicas integrantes do grupo.⁸⁰

Nesse diapasão, o empregado poderá acionar qualquer das empresas integrantes do mesmo grupo econômico que estas serão responsáveis solidariamente ao seu crédito, ou seja, poderá-se cobrar de quem quiser independente de ordem de preferência.

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula 129, buscou enfatizar que a prestação de serviços a mais de uma empresa no mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário, enfatizando a indivisibilidade do grupo econômico.

Por outro lado, a responsabilidade subsidiária consiste em um benefício de ordem, que é estabelecida principalmente nos casos de terceirização. Trata-se de uma ordem de preferência em relação ao inadimplemento de verbas trabalhistas, na forma estabelecida pela Súmula 331, IV, do TST.⁸¹

Assim, Sérgio Pinto Martins conceitua a responsabilidade subsidiária como uma espécie de benefício de ordem, ou seja, não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços).⁸²

O tema que será aprofundado no presente trabalho, consistirá na terceirização e na responsabilidade subsidiária, sendo estas amoldadas pela Súmula 331, IV, do TST. Desse modo, verifica-se que nos casos de terceirização lícita ou ilícita, nem sempre a empresa prestadora de serviços será responsabilizada, razão pela qual a tomadora de serviços poderá ter que arcar com todo o prejuízo causado, desde que demonstrada à insuficiência patrimonial da própria prestadora.

⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 386.

⁸¹ Súmula 331, IV: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666/93, de 21-6-1993).

⁸² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 134.

Nesse contexto, verifica-se que o referido verbete trouxe mais uma maneira de proteção ao empregado, podendo este, mesmo não integrando o pólo da empresa tomadora, reclamar perante ela seus direitos que não foram cumpridos pela empresa prestadora.

Primeiramente, é importante ressaltar que antes do advento da Súmula 331 do TST, a terceirização era baseada tão-somente na Súmula 256, que restringia suas modalidades nos casos da Lei do Trabalho Temporário e nos casos de vigilância bancária (Lei 7.102/83). Nessa época, não havia que se falar em responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

A Lei 6.019/74, em seu artigo 16, estabelece a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços pelas verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização. No entanto, somente é permitida no caso de falência. Ressalte-se que o referido artigo somente garante o direito as contribuições previdenciárias, remuneração e indenização, não abrangendo todas as verbas do contrato de trabalho. Nesse sentido, enfatiza Maurício Godinho Delgado:

Não obstante solidária a responsabilidade criada pela Lei n. 6.019/74, sua hipótese de incidência era sumamente restrita: incidiria apenas havendo falência da empresa fornecedora de força de trabalho (rectius: insolvência). Além disso, a responsabilidade solidária não abrangeria todas as verbas do contrato envolvido, mas somente aquelas poucas especificadas pela Lei 6.019.⁸³

No entanto, com o advento da Súmula 331 do TST, que generalizou as hipóteses de terceirização e regulamentou várias controvérsias advindas da súmula anterior, a empresa tomadora de serviços passou a ser responsabilizada subsidiariamente em face da prestadora e somente no caso de inadimplemento daquela.

Nesse diapasão, a responsabilidade anteriormente considerada solidária na Lei 6.019, passou a ser subsidiária, em face da generalização em face da terceirização. Esse é o entendimento de Maurício Godinho Delgado:

Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o trabalho

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 439.

temporário. Superam-se, nesse sentido, as limitações tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei n. 6.019/74⁸⁴.

Desse modo, verifica-se que o art. 16 da Lei 6.019/74 limitou a responsabilidade solidária da empresa prestadora de serviços tão-somente nos casos de falência. Quanto à aplicação da lei, não há responsabilidade subsidiária conforme verifica-se a ressalva do inciso I da Súmula 331, do TST.⁸⁵

Assim, a súmula supracitada (331, IV), além de generalizar as hipóteses de terceirização lícita, garantiu a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, de modo que esta terá direito ao benefício de ordem, ou seja, primeiramente somente depois de esgotados todos os meios em face da devedora principal é que se poderá executar o responsável subsidiário.

Desse modo, Sérgio Pinto Martins ressalta que, a partir da Súmula 331, IV, o tomador de serviços somente responderá se o prestador de serviços não pagar a dívida trabalhista ou se seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito.⁸⁶

Assim, será analisada a responsabilidade subsidiária.

2.6 Responsabilidade subsidiária e a culpa *in vigilando e in eligendo*

Conforme o conceito supracitado anteriormente, verifica-se que a Súmula 331, IV, do TST, incumbiu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços nos casos do inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Nesse sentido, o tomador de serviços responderá subsidiariamente por todas as verbas inadimplidas até a garantia do crédito devido. Desse modo, expõe Maurício Godinho Delgado:

A teor da mencionada súmula, há a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços em face de quaisquer verbas contratuais concernentes ao

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 440.

⁸⁵ Súmula 331, I: A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 135.

obreiro colocado a sua disposição, caso verificado *inadimplemento* das respectivas obrigações (Súmula 331, IV, TST). Como se percebe, a súmula em exame não exige falência (ou insolvência), mas simples inadimplemento por parte da empresa terceirizante.⁸⁷

Assim, o simples inadimplemento do prestador de serviços já autoriza a responsabilidade do tomador de serviços. Ressalte-se que essa responsabilidade poderá ser tanto para entes privados quanto para entes estatais, ou seja, da Administração Pública, pois a Súmula 331, IV, autorizou a subsidiariedade inclusive quando o tomador de serviços for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista.

Com o novo texto da Súmula 331, IV, do TST editado pela Resolução nº 96/2000, do TST, que acrescentou aos órgãos da Administração Pública a responsabilidade subsidiária, muito se discutiu sobre sua aplicação quanto aos entes estatais, pelo fato de que a Súmula estaria contrariando o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, onde dispõe que o inadimplemento do contrato com referência as dívidas trabalhistas e de outra natureza não transfere aos entes da administração pública a responsabilidade sobre seu pagamento.

No entanto, este não foi o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que no IUJ-RR 297.751/1992.2 (Ac. Tribunal Pleno, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ de 20/10/2000), firmou entendimento no sentido de que a Súmula 331, IV é plenamente aplicável aos entes da administração pública direta e indireta, na qual esta responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Nesse sentido, ressaltou Maurício Godinho Delgado:

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas devidas pelo empregador terceirizante no período da efetiva terceirização (inciso IV da Súmula 331, TST).⁸⁸

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 447.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 441.

A partir desse entendimento, podemos dizer que o Estado, quando responsável subsidiário, terá que acarretar com todo o prejuízo causado aos trabalhadores pelo prestador de serviços.

Com base nesse prejuízo causado, o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, que define a responsabilidade objetiva do Estado, dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme já explanado anteriormente, a responsabilidade surge a partir do ato ilícito, na qual esta é gerada a partir de uma ação imputável a alguém que, violando o ordenamento jurídico, invade a esfera jurídica de outrem.⁸⁹

Assim, o Estado, ao contratar a empresa prestadora de serviços, tem o objetivo de escolher a empresa mediante os requisitos de conveniência e oportunidade, através de procedimento licitatório e fiscalizar a empresa em seus serviços. Caso a prestadora de serviços não cumpra suas funções, o Estado será responsabilizado subsidiariamente, devido a sua responsabilidade objetiva.

Nesse entendimento, Milton de Moura França:

Saliente-se que a referida tese encontra respaldo no art. 37, § 6º, da Carta Magna, pois o referido dispositivo consagra a “responsabilidade objetiva da administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Por isso, importa que esse dano se origine diretamente da Administração ou indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência do ato administrativo”.⁹⁰

⁸⁹STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 120.

⁹⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 297.751/1996.2. Relator: Ministro Milton de Moura França, 20 out. 2000. Disponível em: http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=1499&ano_int=2000 Acesso em 25 maio 2010.

Caso a empresa prestadora de serviços não possua meios de adimplir seus encargos sociais, principalmente os trabalhistas, surge o prejuízo, acarretando a responsabilidade deste e, conforme a Súmula 331, IV, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Nesse sentido, explana Alice Monteiro de Barros:

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador de serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.

Logo, reconhecida a responsabilidade objetiva de quem se utilizou dos serviços, por meio da terceirização, pouco importa tenha ele dado ou não causa à cessação do contrato de trabalho do reclamante, assumirá os encargos sociais.⁹¹

Nesse diapasão, o Estado incorrerá em culpa *in vigilando*, por não fiscalizar a empresa prestadora de serviços e também na culpa *in eligendo*, em face da má escolha da empresa para efetuar a prestação de serviços.

Por fim, ressalte-se que o trabalhador nunca poderá pleitear reconhecimento de vínculo em face do responsável subsidiário quando este for ente estatal, tendo em vista a vedação constitucional prevista no artigo 37, II e § 2º, da CF.

⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 455.

3 BENEFÍCIO DE ORDEM E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

3.1 O instituto do benefício de ordem e a responsabilidade dos sócios

Na fase executória, no caso de inadimplemento da sociedade, ou seja, aquela integrante do pólo passivo da ação, o exeqüente poderá buscar bens do devedor para satisfação do crédito exeqüendo. Desse modo, serão necessários tantos bens quantos bastem para satisfação do crédito.

Nesse diapasão, tem-se como princípio basilar na fase executória, o da ‘natureza real da execução’. Tal princípio é baseado no fato de que a execução nunca será pessoal, somente real, incidindo sobre os bens do devedor, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse sentido, concluiu Carlos Henrique Bezerra Leite:

A partir do momento em que o Estado avoca para si o monopólio da prestação jurisdicional, a execução encontra uma fase de humanização, ou seja, ela passa a ter caráter real e não pessoal, na medida em que é o patrimônio do devedor que passa a ficar sujeito à constrição e à expropriação. Aliás, o art. 591 do CPC, prescreve que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.⁹²

No mesmo entendimento, concluiu Mauro Schiavi que execução não incide sobre a pessoa do devedor, e sim sobre seus bens, conforme o art. 591 do CPC. Tanto os bens presentes como os futuros do devedor são passíveis de execução.⁹³

Desse modo, nos termos do Código de Processo Civil, os bens do devedor irão responder pelo cumprimento de suas obrigações, em face da sua responsabilidade patrimonial secundária.

Além dos bens do devedor, o Código de Processo Civil dispõe um rol no qual os bens dos sócios também ficam sujeitos a execução, nos casos previstos em lei. Esses são os termos no artigo 592, II, do CPC.

⁹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 842.

⁹³ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 32.

Conforme estabelecido no artigo supracitado, pode-se concluir que os bens dos sócios são de responsabilidade secundária em relação aos bens da sociedade, tendo em vista que no caso de inadimplemento desta, os sócios poderão ter seus bens executados para a satisfação do crédito.

Esse é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que:

A regra básica é que os bens dos sócios não devem responder pelas dívidas da sociedade, a não ser naqueles casos expressamente previstos em lei (art. 596). E mesmo nos casos em tela, a responsabilidade do sócio é de ser vista como excepcional e secundária, a prevalecer apenas quando não for possível cobrar a dívida diretamente da sociedade.⁹⁴

Desse modo, Araken de Assis, ao interpretar o art. 592, II, do CPC, entendeu que o dispositivo estendeu a eficácia do título ao sócio solidária ou subsidiariamente responsável pela dívida social.⁹⁵

Ressalte-se que para verificar se a responsabilidade societária é solidária ou subsidiária, o art. 592, II, ao referir “nos termos da lei”, entendeu no sentido de que se deve buscar o tipo de sociedade constituída, na parte de direito societário no Código Civil.

Assim, conforme já explanado nesta obra, as sociedades podem ser despersonalizadas, também denominadas não-personificadas, ou seja, sem personalidade jurídica ou personificadas, na qual possuem personalidade jurídica.

Nas sociedades despersonalizadas, por não possuírem personalidade jurídica, a responsabilidade dos sócios será ilimitada e solidária, nos termos do art. 990 do Código Civil.

Nas sociedades personificadas, os bens dos sócios somente poderão ser executados após executados os bens da sociedade (art. 1024 do Código Civil). Desse modo, os sócios irão responder subsidiariamente, depois de desconsiderada a personalidade jurídica da

⁹⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 43.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 184.

⁹⁵ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 444.

sociedade, tendo em vista a ausência de patrimônio societário para satisfação do crédito exequendo.

Cumprе ressaltar que no caso das sociedades personificadas, a responsabilidade secundária dos sócios é subsidiária, de modo que se o credor promover a execução contra os sócios sem terem sido esgotados o patrimônio da sociedade, poderá este invocar o chamado benefício de ordem.

Trata-se de um benefício no qual primeiramente, os bens da sociedade deverão responder na fase executória e tão-somente depois de constatada a insuficiência de bens desta, é que os sócios poderão ter seus bens executados, nos termos do artigo 1.024 do Código Civil.⁹⁶

A partir deste conceito, verifica-se que se os sócios forem executados simultaneamente com a sociedade, poderão requerer que primeiro sejam esgotados os bens desta, em razão de sua responsabilidade patrimonial secundária.

Assim, explica Sérgio Pinto Martins:

Os bens particulares dos sócios, entretanto, não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. Caso o sócio seja demandado para pagamento da dívida, terá direito de exigir que sejam executados em primeiro lugar os bens da sociedade (art. 596 do CPC)⁹⁷.

Desse modo, caberá ao sócio invocar o benefício de ordem em face da sociedade. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior:

Por isso, quando tais sócios são executados, assegura-lhes o Código o *beneficium excusionis personalis*, ou benefício de ordem, *ad instar* do que ocorre com o fiador. Poderão, de tal sorte, “exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.⁹⁸

⁹⁶ “Art. 1.024: Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 714.

⁹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 43.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 184.

É importante ressaltar o requisito imposto no § 1º do art. 596, do CPC, que, além de expressar a responsabilidade secundária dos sócios em relação aos bens da sociedade, dispõe que para os sócios poderem valer-se do benefício de ordem, deverão primeiramente nomear os bens da sociedade, sob pena de terem seus bens executados para a satisfação do crédito.

Nesse diapasão, assevera Mauro Schiavi:

Não obstante, o sócio, uma vez tendo seus bens constringidos para garantia da execução, tem o direito de invocar o chamado “benefício de ordem” e requerer que sejam executados os bens da sociedade; mas, para que tal seja possível, é necessário que indique onde estão os bens, livres e desembarcados para penhora, que sejam de fácil liquidez, e obedeçam à ordem de preferência mencionada no art. 655 do CPC.⁹⁹

Por fim, é de se explanar o entendimento de Luis Marcelo Figueiras de Góis, ao entender que, ao definir a responsabilidade dos sócios em razão do benefício de ordem, explanou que a subsidiariedade pressupõe uma ordem de preferência executória, daí ser denominada pela lei civil como “benefício de ordem”.¹⁰⁰

Nesses termos, verifica-se que a responsabilidade dos sócios em face da sociedade é secundária e subsidiária, ou seja, na fase executória, no ato de penhora de bens da sociedade para satisfação do crédito, depois verificada a insuficiência de bens, poderá o credor prosseguir a execução contra os seus sócios, seja pela aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, seja pela aplicação dos artigos 592, II, e 596, do CPC, no qual expressam a responsabilidade secundária dos sócios e o instituto do benefício de ordem.

3.2 A aplicação do benefício de ordem e da responsabilidade dos sócios no processo do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho foi editada em 1943 visando atender a necessidade da população quanto ao estabelecimento de regras em relação às normas de trabalho. No entanto, quando foi editada, em 1/05/1943, havia tão-somente as Comissões Mistas de Conciliação, com objetivo de dirimir os conflitos coletivos e as Juntas de Conciliação e

⁹⁹ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 138.

¹⁰⁰ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Revista Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. São Paulo, n. 11, p. 356, jun 2009.

Julgamento, utilizadas para dirimir os problemas enfrentados entre trabalhadores e seus empregadores. Ambos eram ligados ao Departamento Nacional do Trabalho, mero órgão do Poder Executivo.

Desse modo, em 1943, quando foi editada a CLT, verifica-se que a Justiça do Trabalho ainda não tinha sido ingressada no Poder Judiciário, de modo que todos os órgãos como as Juntas de Conciliação de Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação eram subordinadas ao Ministério do Trabalho, ou seja, ao Poder Executivo.

Não obstante várias mudanças, inclusive com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, a norma consolidada ainda possui várias lacunas em termos de normas de direito processual.

No entanto, o artigo 769 veio suprir a dúvida de vários aplicadores do direito, ao dispor 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 do Título X da CLT.

Desse modo, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender no sentido de que são dois os requisitos para aplicação subsidiária da legislação comum: a omissão da Consolidação das Leis do Trabalho e a compatibilidade com os princípios do processo do trabalho. Nesse sentido, Mauro Schiavi:

Conforme a redação do referido dispositivo legal, são os requisitos para a aplicação do Código de Processo Civil ao processo do trabalho: a) omissão da CLT, ou seja, quando a CLT, ou a legislação processual extravagante, não disciplina a matéria; b) compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho. Vale dizer: a norma do CPC, além de ser compatível com as regras que regem o processo do trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do Trabalho, máxime o acesso do trabalhador à Justiça.¹⁰¹

Com o mesmo entendimento, Wagner Giglio:

¹⁰¹ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 37.

Por força do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil ao processo do trabalho requer omissão da legislação trabalhista e a compatibilidade com as normas do Título X da CLT.¹⁰²

Quanto à fase executória, o artigo 889 da CLT dispõe que aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não for incompatível com a norma consolidada, os preceitos que regem o processo executivo fiscal para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Nesse sentido, a CLT atribuiu na fase executória a aplicação da Lei 6.830/80, que deve ser utilizada subsidiariamente para a satisfação dos créditos na execução.

Mauro Schiavi, ao explicar o princípio da subsidiariedade na execução, condiciona a aplicação do artigo 889 CLT com a do artigo 769, de modo que os dois devem ser aplicados somente quanto houver compatibilidade com os princípios que regem a execução trabalhista¹⁰³

Desse modo, a legislação processual civil e a Lei 6.830/80 são aplicáveis ao processo de execução trabalhista, nos termos do artigo 769 e 889 da norma consolidada.

Para verificar a aplicação dos artigos 592, II, do Código de Processo Civil, que trata sobre a responsabilidade subsidiária dos sócios e do artigo 596, que institui o benefício de ordem, devem ser verificados dois fatores elencados nos artigos 769 e 889, ambos da CLT, no alusivo a aplicação destes no Processo do Trabalho.

Primeiramente, é necessário verificar se há disposição expressa destes na CLT. Como não há nenhum dispositivo que trate sobre responsabilidade subsidiária dos sócios e do instituto do benefício de ordem, resta obedecido o requisito da omissão.

¹⁰² GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 259.

¹⁰³ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 37.

Nesse sentido, Mauro Schiavi, ao tratar da responsabilidade dos sócios, enfatiza esse posicionamento, no sentido de que a Consolidação das Leis do Trabalho não disciplina essa matéria, de modo que resta aplicável, à execução trabalhista, o disposto no art. 592 do CPC.¹⁰⁴

Depois de verificado o requisito da omissão, deve-se observar se os dispostos nos artigos 592, II e 596, ambos do CPC, contrariam algum princípio do Direito e Processo do Trabalho.

Os artigos supracitados, ao enfatizarem essa responsabilidade subsidiária dos sócios, dispõem mais uma forma de garantia de crédito, estimulando o credor, que, ao verificar insuficiência patrimonial dos bens do executado, poderá acionar os sócios destas, buscando a satisfação do crédito exequendo e a celeridade no processo de execução.

Assim, são perfeitamente aplicáveis os artigos supracitados no Processo de Execução Trabalhista, tendo em vista que ambos garantem a satisfação do credor e estimulam o pagamento do crédito.

3.3 O instituto do benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária: análise do verbete nº 37 do tribunal regional do trabalho da 10ª região

Conforme já demonstrado anteriormente, a Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho determina que no caso de terceirização, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações.

A partir do conceito da súmula supracitada, verifica-se que a empresa tomadora de serviços, ou seja, aquela responsável subsidiariamente, possui uma responsabilidade patrimonial secundária em relação à empresa prestadora, de modo que na fase executória, será obrigada a garantir o crédito exequendo quando ocorrer o inadimplemento da devedora principal.

¹⁰⁴ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 133.

Tal responsabilidade secundária da empresa tomadora de serviços, como já definido anteriormente, decorre do benefício de ordem, ou seja, a execução deverá ser mantida contra o devedor principal e depois contra o responsável subsidiário.

Nestes termos, verifica-se que a súmula supracitada não possui nenhuma disposição sobre direito processual, o que trouxe, no início, vários problemas nas Varas do Trabalho do país.

O problema surgiu quando se passou a verificar a insuficiência patrimonial da empresa prestadora de serviços. A partir deste momento, o juízo da execução tinha duas opções: desconsiderar a personalidade jurídica da prestadora de serviços e, somente depois de esgotadas as tentativas de excussão de seus bens, inclusive dos seus sócios, poderia acionar-se a execução contra o responsável subsidiário, ou tão-somente executar diretamente o responsável subsidiário, ante a insuficiência patrimonial da empresa prestadora de serviços, sem executar os seus sócios.

A partir dessas duas possibilidades, vários juízos da execução dos diversos Tribunais Regionais do Trabalho no país passaram a entender de forma que a simples insuficiência patrimonial do devedor principal já autorizava o direito a executar o responsável subsidiário, tendo em vista de que a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, e, por conseqüência, a busca por patrimônio de seus sócios, acarretaria violação do princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo na execução. Desse modo, o responsável subsidiário poderia invocar o benefício de ordem, nos termos dos artigos 592, II e 596, § 1º, do CPC, se nomeasse bens do devedor principal e de seus sócios para satisfação da execução.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, que entendeu no sentido de que:

Não socorre a devedora principal o esgotamento de todas as tentativas para encontrar bens da devedora principal, já que sua obrigação exsurge com o simples inadimplemento daquela. Logo, restando infrutíferas as tentativas de recebimento do crédito pela devedora principal, aberta estará a via executiva contra a responsável subsidiária, sem necessidade de esgotamento de meios contra a principal e seus sócios. Redirecionar a execução contra a devedora

principal ou seus sócios antes de fazê-lo contra a agravante significa subverter a ordem prevista do título e ainda postergar a satisfação do crédito.¹⁰⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

O devedor subsidiário responde pelo crédito trabalhista na hipótese de inadimplência do devedor principal (Súmula 331, IV, do TST), e não possui benefício de ordem em relação aos sócios do devedor principal quando estes não foram incluídos no pólo passivo. Para escapar do redirecionamento da execução, o devedor subsidiário deve cumprir os requisitos do artigo 596, § 1º, do CPC, ou seja, deve fazer prova da existência de bens, pertencentes ao devedor principal, localizados no município em que processada a execução, livres e desembaraçados.¹⁰⁶

Outros regionais passaram a seguir entendimento no sentido de que seria necessário aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a excussão do patrimônio dos seus sócios e tão-somente depois de constatada a insuficiência de patrimonial desta é que seria possível a execução contra o responsável subsidiário.

Assim, concluiu o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao invocar que esgotadas as possibilidades de execução contra a primeira reclamada e seus sócios, está correta a decisão que reverteu à execução em face do devedor subsidiário.¹⁰⁷

Como se vê, o tema é bastante discutido e controvertido em diversos tribunais do país. Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho, cúpula da Justiça do Trabalho, que tem por objetivo a uniformização da jurisprudência e aplicação do direito objetivo, não pacificou o entendimento, tendo em vista que na fase executória, o conhecimento do recurso de revista está condicionado à violação constitucional, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT, razão pela qual a

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Agravo de Petição n. 130.2007.005.14.00-2. Relator: Juíza Vania Maria da Rocha Abensur. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, 25ago. 2010, p. 16.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 6342.2007.594.09.00.0 Relator: Juiz Luiz Celso Napp, 31 ago. 2007. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacao_pdf_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=358826&procR=AAAbqKAAxAAAZskAAD&ctl=358826 Acesso em: 07setembro 2010.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 111900-82.2001.5.04.0303 Relator: Desembargador Leonardo Meurer Brasil. 16 dez. 2009. Disponível em http://www.trt4.jus.br/porta/porta/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view Acesso em: 04 setembro 2010.

análise do presente tema somente seria cabível por violação reflexa, o que impossibilita a análise do tema perante a Corte.

Tendo em vista a impossibilidade de análise deste tema por via de recurso de revista, cabe aos Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem seus entendimentos em relação à matéria.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que abrange o Distrito Federal e o Estado do Tocantins, diante de várias controvérsias que seguiam perante aquela Corte em relação ao tema, em decorrência do variado número de fraudes em terceirizações ocorridas e a divergência entre suas Turmas, decidiu pacificar o tema, mediante Incidente de Uniformização de Jurisprudência, visando uma posição única em relação ao tema levantado.

Assim, pacificou entendimento no sentido de que:

O direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da responsabilidade subsidiária reconhecida, somente deve ocorrer após as tentativas frustradas de se promover a execução contra o devedor principal, seus sócios e administradores, em razão da sua desconsideração da personalidade jurídica.¹⁰⁸

A partir do acolhimento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência e da publicação do Verbete n. 37/2008, restou pacificado no âmbito daquele Tribunal que a execução contra o responsável subsidiário somente teria prosseguimento após esgotados os meios contra o devedor principal, em face da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No entanto, verifica-se que o tema ainda é pouco debatido e controvertido na doutrina. Nesse sentido, Mauro Schiavi, ao explicar em sua obra a execução contra o responsável subsidiário, entendeu que:

Ao contrário do que vem sustentando a jurisprudência dominante, pensamos que não há necessidade de primeiro se esgotarem os meios de execução em face do

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 382-2008-000-10-00-2 Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. 5 dez.2008. Disponível em [http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN&nppvoto=161494&tp=IUJ](http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO%20LUIS%20VICENTIN%20FOLTRAN&nppvoto=161494&tp=IUJ) Acesso em: 22 abril 2010.

devedor principal, podendo inclusive a execução se iniciar em face do devedor subsidiário, pois este tem a faculdade de invocar o benefício de ordem exigindo que a execução se inicie em face do devedor principal, para tanto deve inclinar onde estão os bens do devedor principal.¹⁰⁹

Por outro lado, Luiz Marcelo Figueira de Góis:

Na execução de créditos trabalhistas contra uma pluralidade de devedores sucessivos, a seguinte ordem deve ser observada: (i) em primeiro lugar, demanda-se contra o empregador; (ii) comprovadamente esgotados os meios executórios contra ele (art. 11, Lei 6.830/80), deve-se buscar a satisfação da dívida contra os seus sócios quando presente um dos elementos previstos no art. 28 do CDC; (iii) frustrada a execução contra os sócios, o credor deve voltar-se contra os sócios retirantes caso os mesmos tenham integrado a sociedade durante o período de prestação de serviços, observando a ordem das retiradas e respeitando o prazo do art. 1.032 do Código Civil; iv) esgotados todos os meios executivos em questão, estará o credor autorizado a direcionar a requerer que a tomadora dos serviços arque com a dívida.¹¹⁰

Diante da análise dos dois posicionamentos, verifica-se que o entendimento do verbete deve prosperar.

O instituto do benefício de ordem, previsto nos artigos 596 do CPC e 1.024 do CC, é aplicável quando os bens dos sócios são executados primeiros que os bens da sociedade, razão pela qual caberá ao sócio executado nomear bens da sociedade, sob pena de penhora.

Nesse diapasão, no caso de uma condenação de duas empresas, uma subsidiariamente, verifica-se que deverão ser obedecidos os critérios de gradação previstos em lei.

Primeiramente, conforme já explanado, o art. 592, II, do CPC dispõe que os sócios responderão, na forma da lei, pelos débitos da sociedade, ante a insuficiência patrimonial desta.

¹⁰⁹ SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 144.

¹¹⁰ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Revista Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. São Paulo, n. 11, p. 354, jun 2009.

Desse modo, nessa linha de gradação legal, os bens dos sócios responderão subsidiariamente, no caso de insuficiência patrimonial da sociedade, nos termos do artigo 592, II, do CPC, em face de sua desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC).

Nesse sentido, enfatizou Pedro Luis Vicentin Foltran, ao entender que os sócios são, na linha desta teoria, incluídos no pólo passivo da execução, podendo escusar-se ao pagamento da dívida da empresa que integram se indicarem bens passíveis de constrição judicial.¹¹¹

Assim, verifica-se uma ‘subsidiariedade da subsidiariedade’, no sentido de que o sócio responde subsidiariamente pela insuficiência patrimonial da sociedade e, somente depois de obedecida essa ordem de gradação, o tomador de serviços é responsável subsidiário destes. Toda essa ordem de gradação, conforme já explicado, decorre em face da responsabilidade patrimonial secundária dos sócios em face da sociedade que consta como devedora principal e a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços em face do devedor principal.

Maria Piedade Bueno Teixeira defende:

O entendimento consubstanciado na Súmula 331 do TST não visa “premiar” o empregador inadimplente, mas sim proteger o empregado que se encontra em situação de hipossuficiência. Na esteira desse raciocínio, primeiro devem ser executados os bens da empresa principal e, caso inexistentes e desde que presentes os requisitos previstos para a desconsideração da personalidade jurídica, os bens dos sócios devem suportar os efeitos da execução, antes do direcionamento desta ao devedor subsidiário¹¹².

Nesse mesmo entendimento, o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
RESPONSABILIZAÇÃO PREFERENCIAL DOS SÓCIOS DE FATO E DE

¹¹¹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 382-2008-000-10-00-2 Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. 5 dez.2008. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO_LUIS_VICENTIN_FOLTRAN&npvoto=161494&tp=IUJ Acesso em: 22 abril 2010. .

¹¹²BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 585-2005-019-10-00-0, Relatora: Juíza Maria Piedade Bueno Teixeira. 14 dez. 2007. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=00562&tipo_trt=AP&aProcTrt=2007&dt_julgamento_trt=14/12/2007&np=00585-2005-019-10-00-0&nj=MARIAPIEDADEBUENO_TEIXEIRA&npvoto=129031&tp=AP Acesso em 4 setembro 2010.

DIREITO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. BASE LEGAL. REQUISITOS. OPORTUNIDADE. No processo do trabalho, a fase de execução é a oportunidade adequada para ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, com o propósito de estender aos bens particulares dos sócios de fato e de direito da executada a responsabilidade pela satisfação do débito trabalhista, quando constatada a ocorrência de fraude na execução, a dissolução irregular da sociedade, a inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração e outras situações em que é verificado o intuito de violar a lei. Havendo condenação subsidiária de ente público, devem ser executados, primeiro, os bens da devedora principal e depois de seus sócios, por força do art. 592, II, do Código de Processo Civil, c/c o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, aplicados por analogia e subsidiariamente, na forma do parágrafo único do art. 8º da CLT.¹¹³

Asseverou Ricardo Tavares Gehling:

No que tange ao redirecionamento da execução, consistindo a responsabilidade subsidiária num reforço da responsabilidade principal, desde que não seja suficiente para atender aos imperativos da obrigação assumida, depende da inadimplência do devedor para se efetivar. Ou seja, deve ser observado o benefício de ordem em favor do devedor subsidiário.¹¹⁴

A ordem executória apresentada resulta tão-somente de aplicação legal, nos termos do artigo 592, II, do CPC, combinado com os artigos 28, § 5º, do CDC e 50, do CC. Com a aplicação da Teoria Menor, a desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho vem sendo utilizada cada vez mais, tendo em vista ser um instituto compatível com o princípio da celeridade processual e efetividade da fase executória, com a finalidade de responsabilizar seus sócios e administradores pelo inadimplemento e insuficiência patrimonial da sociedade.

Assim, a ordem executória deverá ser obedecida por mera imposição legal, tendo em vista que o não cumprimento dos arts. 592, II e 596, *caput* e parágrafo primeiro, do CPC, resultam em violação do princípio da legalidade e sua inaplicabilidade no Processo do Trabalho, o que já foi comprovado que é plenamente possível.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Agravo de Petição n. 00032.2006.004.14.00-8. Relatora: Desembargadora Elana Cardoso Lopes Leiva de Faria. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, 5set. 2007, p. 6.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 110100-18.2003.5.04.0022. Relator: Desembargador Ricardo Tavares Gehling. 10 mai. 2010. Disponível em <http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:FIPUEYmVJHoJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTE%3FpCodAndamento%3D34302636++011010018.2003.5.04.0022++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 5 agosto 2010.

Desse modo, verifica-se que o responsável subsidiário somente poderá ser executado depois de esgotados todos os meios contra o devedor principal, inclusive, com a desconsideração da personalidade jurídica dos seus sócios, em decorrência da aplicação do art. 592, II, do CPC combinada com o art. 28, § 5º, do CDC.

Diante desse posicionamento, deve-se levar em conta que os sócios da empresa prestadora de serviços e o responsável subsidiário não estão no mesmo patamar tendo em vista que os primeiros são responsáveis secundários em relação ao devedor principal por força de lei e o segundo, subsidiário da primeira e seus sócios. Nesse sentido, Pedro Luis Vicentin Foltran:

Contudo, embora meu posicionamento anterior fosse no sentido de que não haveria como estabelecer gradação entre devedores do mesmo status, percebo que, na verdade, os sócios do empregador – que passaram a compor o pólo passivo em face da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – e o tomador de serviços não estão no mesmo patamar. Isso porque, como já mencionado, a responsabilidade do tomador de serviços depende de se ter esgotado as possibilidades de localização dos bens do devedor principal.¹¹⁵

Assim, o juízo da execução deverá exaurir todas as possibilidades de constrição de bens do devedor principal, inclusive de seus sócios, nos termos do artigo 592, II do CPC.

Ademais, executar o responsável subsidiário sem desconsiderar a personalidade jurídica do devedor principal, seria violar a aplicação do artigo 592, II, do CPC no Processo do Trabalho, além de eximir os sócios das obrigações contraídas pela sociedade, o que não pode ser possível, tendo em vista que os sócios se beneficiaram do trabalho prestado pelos trabalhadores, além de serem os constituintes da pessoa jurídica a qual figura a empresa prestadora de serviços, razão pela qual deverão ser responsabilizados subsidiariamente, nos termos da lei.

Desse modo, não há que se falar em prejuízo ao trabalhador e violação do princípio da celeridade processual tendo em vista que o responsável subsidiário, na maioria das vezes, quando ente público, irá postergar a execução até o último momento, interpondo recursos com intuítos protelatórios e dificultando o acesso do obreiro à suas verbas trabalhistas. Além

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 382-2008-000-10-00-2 Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. 5 dez.2008. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN&npvoto=161494&tp=IUJ> Acesso em: 22 abril 2010.

disso, é de se ressaltar que seja o valor devido convertido em requisição de pequeno valor, seja em sede de precatório, o empregado não receberá o valor de imediato, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a excussão dos bens de seus sócios podem ser uma maneira mais efetiva de recebimento do crédito exequendo do que aguardar o ente público efetuar o pagamento e reconhecer os direitos do trabalhador.

Por fim, é importante ressaltar que no ato da desconsideração da personalidade jurídica dos sócios, a simples certidão negativa emitida pelo oficial de justiça no sentido de que os sócios não possuem bens passíveis de constrição já autoriza a execução contra o responsável subsidiário, tendo em vista que a reiterada busca de bens dos sócios somente procrastinaria a execução, dificultando o credor à satisfação de seu crédito.

Ademais, verifica-se que o verbete surgiu com objetivo de evitar a fraude e prejuízos contra ao ente público, na maioria das vezes, responsável subsidiário, tendo em vista o descaso das empresas prestadoras de serviços ao finalizarem suas atividades e não cumprirem suas obrigações trabalhistas legais.

Nesse sentido, enfatizou Maria Piedade Bueno Teixeira, visando repudiar os prejuízos aos entes públicos:

O que se constata, pois, é a esquiva das reais empregadoras quanto ao pagamento das suas obrigações, confiantes no adimplemento que será realizado pelo devedor subsidiário (ente público), o que deve ser repudiado e combatido pelo Judiciário, até porque o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do TST não visa "premiar" o empregador inadimplente, mas sim proteger o empregado que se encontra em situação de hipossuficiência¹¹⁶.

Defendendo a mesma tese, Brasilino Santos Ramos:

Nesse contexto, há de se direcionar a execução, primeiramente, contra a empresa devedora e, em seguida, por incidência da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, contra os sócios respectivos, mesmo que não tenha a 2.ª reclamada, responsável subsidiária, feito indicação de bens dos sócios da 1.ª reclamada, real

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 585.2005.019.10.00.0 Relatora: Juíza Maria Piedade Bueno Teixeira. 14 dez. 2007. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=00562&tipo_trt=AP&aProcTrt=2007&dt_julgamento_trt=14/12/2007&np=00585-2005-019-10-00-0&nj=MARIA_PIEDADE_BUENO_TEIXEIRA&npvoto=129031&tp=AP Acesso em 4 setembro 2010.

empregadora. Somente após esgotados os meios legais de persecução do patrimônio dos devedores privados, segundo a ordem acima referida, é que se justifica a cobrança junto ao erário. Tal constatação deriva da concepção de que a preservação do patrimônio público se sobrepõe aos interesses de particulares, máxime quando da existência de responsabilidades concorrentes e não solidárias, mas apenas em caráter de subsidiariedade.¹¹⁷

Assim, verifica-se que o devedor subsidiário, quando executado, poderá invocar o benefício de ordem em face da empresa principal, podendo requerer a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos do artigo 592, II, do CPC e 596, *caput*, do CPC, tendo em vista que na linha de gradação legal, os sócios são responsáveis subsidiários da sociedade devedora principal.

Desse modo, o Verbete nº 37 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região é plenamente aplicável nas execuções trabalhistas, visando buscar maiores garantias para a satisfação do crédito do trabalhador, nos termos da legislação processual trabalhista, de modo que tal entendimento deve prevalecer sobre todos os Tribunais Regionais do país.

Ainda que se defenda a omissão do verbete quanto à aplicação artigo 596, § 1º, do CPC, o qual dispõe que o sócio poderá exigir a excussão dos bens da sociedade, exigindo o benefício de ordem, desde que nomeie bens da sociedade, defende-se, no presente trabalho a aplicabilidade plena do dispositivo supracitado. Assim, o responsável subsidiário, quando executado, sem ter ocorrido o exaurimento patrimonial do devedor principal e de seus sócios e administradores, poderá invocar esse dispositivo, desde que nomeie bens do devedor principal e de seus sócios, sob pena de penhora.

No que diz respeito à falência, é necessário demonstrar que nos casos em que já foi decretada a falência do devedor principal, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento no sentido de que o responsável subsidiário pode ser executado diretamente, tendo em vista que a habilitação do crédito na falência dificultaria o recebimento do crédito, aplicando-

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 761.2005.016.10.00-5. Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos. 31 nov. 2007. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=01416&tipo_trt=AP&aProcTrt=2007&dt_julgamento_trt=30/11/2007&np=00761-2005-016-10-005&nj=BRASILINOSANTOSRAMOS&npvoto=125229&tp=AP Acesso em 4 setembro 2010.

se, por analogia, o disposto no artigo 828, III, do CC, que dispõe a inaplicabilidade do benefício de ordem nos casos de insolvência ou no caso de falência.

Desse modo, impor ao credor a busca pelo seu crédito no juízo da falência seria procrastinar o direito de recebimento do crédito de natureza alimentar, pois não haveria garantia de seu recebimento. Nesse sentido, assevera Maria Doralice Novaes:

[...] não há como reconhecer que os interesses econômicos da responsável subsidiária possam se sobrepor ao direito do empregado de receber, da forma mais eficaz e célere possível, os créditos reconhecidos na reclamação trabalhista, devendo, nesse contexto, prevalecer os princípios da celeridade e da razoabilidade na duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Assim, justifica-se plenamente que a execução do crédito trabalhista ocorra diretamente em face da devedora subsidiária no caso de falência da real empregadora. À responsável subsidiária, contudo, é facultado o direito de regresso em face da devedora principal, devendo a condenada subsidiária, pois, habilitar-se no processo de falência da prestadora de serviços a fim de receber o correspondente ressarcimento¹¹⁸.

Assim, colhem-se os seguintes precedentes do TST:

RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - FALÊNCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO .A jurisprudência do TST, consolidada na Súmula nº 331, IV, guarda estreita relação com os princípios inscritos nos artigos 1º e 170 da Constituição da República, de dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e livre iniciativa. A responsabilização subsidiária resguarda os direitos do trabalhador e garante a satisfação de seus créditos. Constatada a insolvência da devedora principal, a execução dos créditos trabalhistas pode ser redirecionada ao devedor subsidiário. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 174700-87.2008.5.15.0015 , Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: 20/08/2010)

MASSA FALIDA. EXECUÇÃO DO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Ante consignação expressa, em título judicial transitado em julgado, de condenação subsidiária do tomador de serviços, sobrevindo-lhe a falência, não ofende o princípio da legalidade decisão que determina a execução direta e imediata do responsável subsidiário. 2. A decretação da falência resulta do reconhecimento judicial da insolvência do devedor, em que se verifica plenamente a inadimplência e/ou inidoneidade financeira, que estribaram a condenação subsidiária. 3. Agravo de instrumento a

¹¹⁸ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho.Recurso de Revista. Processo n. 40-87.2005.5.02.0066 Relatora: Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 28 mai. 2010. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=531097&ano_int=2008 Acesso em 25 setembro 2010.

que se nega provimento. (AIRR-77740-49.1998.5.02.0252, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 1ª Turma, DJ de 24/2/2006.

Desse modo, verifica-se que o verbete deverá ser aplicado na fase executória, exceto em caso de falência, de modo que o desrespeito, ao disposto no art. 592, II, do CPC e 596, do CPC, afrontaria o princípio da legalidade e consistiria em sua inaplicabilidade no processo do trabalho.

Por fim, no caso de o responsável subsidiário for executado antes de desconsiderar a personalidade jurídica da prestadora de serviços, poderá invocar o benefício de ordem, disposto no parágrafo primeiro do art. 596, § 1º do CPC, devendo, no entanto, nomear bens do responsável direto, sob pena de penhora.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho, a qual tem o objetivo de se ingressar no âmago da personalidade atribuída a um ente jurídico, permitindo que responsabilizem seus sócios e administradores por atos praticados pela pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legislação que invoca o instituto é colacionada no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 50 do Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor admite a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como na falência, estado de insolvência e no caso de encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. O artigo 50 do Código Civil admite a desconsideração e a execução dos seus sócios e administradores nos casos de abuso da personalidade jurídica ou desvio de finalidade.

No presente estudo, demonstrou-se a aplicação subsidiária dos artigos 28, do CDC e 50 do CC no Direito e Processo do Trabalho, nos termos do artigo 8º da CLT, adotando-se a Teoria Menor no âmbito da Justiça do Trabalho, buscando-se uma efetividade e celeridade na garantia do crédito exequendo de natureza alimentar.

O tema apresentado buscou solucionar a controvérsia nos casos de responsabilidade subsidiária, levando-se em conta qual seria o momento exato para a execução do responsável subsidiário.

Foram analisados dois entendimentos. No primeiro levou-se em conta que para a execução do responsável subsidiário, a simples inadimplência da empresa prestadora de serviços já tem o condão de autorizar a execução contra o responsável subsidiário.

Por outro lado, o segundo entendimento consistiu na aplicação do Verbete nº 37 do TRT da 10ª Região, qual dispõe que o direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da responsabilidade subsidiária, somente deve ocorrer após as tentativas

frustradas de se promover a execução contra o devedor principal, seus sócios e administradores, em razão da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 592, II, do CPC combinado com os artigos 50 do CC e 28, § 5º, do CDC.

Buscou-se sanar o problema tendo em vista que o tema é bastante discutido e bem polêmico no âmbito dos diversos Tribunais Regionais do Trabalho do país, de modo que o entendimento do referido verbete deve prosperar, tendo em vista que conforme a legislação processual civil, nos termos do artigo 592, II, do CPC, os sócios são, na linha de gradação legal, os responsáveis subsidiários da devedora principal, devendo primeiramente ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa e a excussão do patrimônio de seus sócios e somente após as tentativas frustradas é que será permitida a execução contra o responsável subsidiário.

Além disso, foi discutido que dar ao credor a opção de escolher se requer a desconsideração da personalidade jurídica da devedora principal ou executa direto o responsável subsidiário, consistiria na criação de uma solidariedade entre os sócios da primeira e o responsável subsidiário, o que somente é possível em grupos econômicos, nos termos do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, não há que se falar em prejuízo ao trabalhador e violação do princípio da celeridade processual tendo em vista que o responsável subsidiário, na maioria das vezes, quando ente público, irá postergar a execução até o último momento, interpondo recursos com intuits protelatórios e dificultando o acesso do obreiro à suas verbas trabalhistas. Além disso, é de se ressaltar que seja o valor devido convertido em requisição de pequeno valor, seja em sede de precatório, o empregado não receberá o valor de imediato, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a excussão dos bens de seus sócios podem ser uma maneira mais efetiva de recebimento do crédito exequendo do que aguardar o ente público efetuar o pagamento e reconhecer os direitos do trabalhador.

Assim, verifica-se a plena aplicabilidade do Verbetes nº 37 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, qual surgiu com o objetivo de evitar fraudes e prejuízos aos entes públicos, que, na maioria das vezes, responde subsidiariamente, arcando com a responsabilidade

da devedora principal e de seus sócios por seus atos fraudulentos e incompatíveis com as normas legais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 111900-82.2001.5.04.0303 Relator: Desembargador Leonardo Meurer Brasil. 16 dez. 2009. Disponível em: http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view Acesso em: 04 setembro 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 110100-18.2003.5.04.0022 Relator: Desembargador Ricardo Tavares Gehling. 10 mai. 2010. Disponível em: http://gsa2.trt4.jus.br/search?q=cache:FIPUEYMvJHoJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnov.o.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D34302636++011010018.2003.5.04.0022++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8 Acesso em: 5 agosto 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 6342.2007.594.09.00.0 Relator: Juiz Luiz Celso Napp, 31 ago. 2007. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacao_pdf_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexoPlc=358826&procR=AAAbqKAAxAAAZskAAD&ctl=358826 Acesso em: 07 setembro 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 761.2005.016.10.00-5 Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos. 31 nov. 2007. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=01416&tipo_trt=AP&aProcTrt=2007&dt_julgamento_trt=30/11/2007&np=00761-2005-016-10-005&nj=BRASILINOSANTOSRAMOS &npvoto=125229&tp=AP Acesso em: 4 setembro 2010

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 585-2005-019-10-00-0, Relatora: Juíza Maria Piedade Bueno Teixeira. 14 dez. 2007. Disponível em http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=00562&tipo_trt=AP&aProcTrt=2007&dt_julgamento_trt=14/12/2007&np=00585-2005-019-10-000&nj=MARIAPIEDADEBUENO TEIXEIRA&npvoto=129031&tp=AP Acesso em: 4 setembro 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 382-2008-000-10-00-2 Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. 5 dez.2008. Disponível em <http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?np=00382-2008-000-10-00-2&nj=PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN&npvoto=161494&tp=IUJ> Acesso em: 22 abril 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Agravo de Petição n. 00032.2006.004.14.00-8. Relatora: Desembargadora Elana Cardoso Lopes Leiva de Faria. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, 5set. 2007, p. 6.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Agravo de Petição n. 130.2007.005.14.00-2. Relator: Juíza Vania Maria da Rocha Abensur. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, 25ago. 2010, p. 16.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo n. 297.751/1996.2 Relator: Ministro Milton de Moura França, 20 out. 2000. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=1499&ano_int=2000 Acesso em 25 maio 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo n. 40-87.2005.5.02.0066 Relatora: Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 28 mai. 2010. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=531097&ano_int=2008 Acesso em 25 setembro 2010.

CARDOSO, Luciano Lucas. **A Desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro**. Revista FACTU Ciência. São Paulo, v. 3, n.2, jul./dez.2002.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **O benefício de ordem e a responsabilidade subsidiária trabalhista**. Revista Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. São Paulo, n. 11, jun 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2002.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. RT. São Paulo, n. 410/12-21.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

SCHIAVI, Mauro. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SOARES, Paula Pretti. **A desconsideração da personalidade jurídica nas ações oriundas da relação de emprego no direito processual trabalhista brasileiro**. Revista RCJT. São Paulo, n. 69, mai.jun, 2008.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

