

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO
TRABALHO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA
DO TRABALHO

CLAUDIA LÚCIA DE ANDRADE BALDASSARRE

SÃO PAULO/SP
2017

CLAUDIA LÚCIA DE ANDRADE BALDASSARRE

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA
DO TRABALHO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para a obtenção do título de Especialista.

Orientadora: Dr^a. Maria José Giannella Cataldi

**SÃO PAULO/SP
2017**

CLAUDIA LÚCIA DE ANDRADE BALDASSARRE

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Este texto foi julgado e aprovado para a obtenção do título de Especialista em
Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Prof. Dr^a. Maria José Giannella Cataldi

Prof.

Prof.

Prof.

Dedico esta obra a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente para que este projeto se tornasse possível.

Obrigado a Deus e a meus pais pela vida.

O trabalho espanta os vícios que derivam do ócio.

Sêneca

RESUMO

Em uma sociedade, as responsabilidades dos sócios pelos seus passivos são, em regra, limitadas ao montante que desejam aportar ao capital social, onde os bens pessoais de cada sócio são distintos dos bens da sociedade, logo, o patrimônio da sociedade não deve se confundir com o patrimônio de seus sócios. Existem exceções legais, onde é comprovada a fraude na gestão e no objetivo social da empresa. Em relação à Justiça do Trabalho há uma questão pacífica na doutrina e na jurisprudência que, insolvente a pessoa jurídica, os sócios respondem com seus bens pelas dívidas por ela contraídas. O objetivo geral do trabalho de pesquisa foi o de abordar a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil e seus reflexos na reforma trabalhista. A pesquisa foi bibliográfica, com a revisão de literatura através da utilização de livros e artigos de revistas especializados, abordando-se os conceitos do Direito do Trabalho, seus princípios e a sua execução no processo trabalhista, discutindo-se sobre a personalidade jurídica, empregador e empresa, tendo como foco de estudo a empresa individual e por fim; a discussão sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica, envolvendo a origem da teoria, sua aplicação no Brasil e a responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade e a Desconsideração da Personalidade Jurídica do Código de Processo Civil e seus reflexos na reforma trabalhista.

Palavras-Chaves: Trabalho – Empregado – Empregador – Personalidade Jurídica

ABSTRACT

In a company, the liabilities of members for their liabilities are, as a rule, limited to the amount they wish to contribute to the share capital, where the personal assets of each partner are distinct from the assets of the company, so the assets of the company should not be confused with the equity of its partners. There are legal exceptions, where fraud in the management and social objective of the company is proven. In relation to the Labor Court there is a peaceful question in the doctrine and jurisprudence that, insolvent the juridical person, the partners respond with their assets by the debts contracted by it. The general objective of the research work was to address the Disregard of Legal Personality in the Code of Civil Procedure and its reflexes in the labor reform. The research was bibliographical, with a review of the literature through the use of books and articles in specialized journals, addressing the concepts of Labor Law, its principles and its execution in the labor process, discussing the legal personality, employer and company, having as focus of study the individual company and finally; the discussion about the Disregard of Legal Personality, involving the origin of the theory, its application in Brazil and the responsibility of the members and administrators in the society and the Disconsideration of the Legal Personality of the Code of Civil Procedure and its reflexes in the labor reform.

Keywords: Work - Employee - Employer - Legal Personality

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PROCESSO DO TRABALHO	14
2.1 Direito do Trabalho	15
2.2 Princípios	16
2.2.1 Classificação dos princípios	17
2.2.1.1 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas	18
2.2.1.2 Princípio da razoabilidade	21
2.2.1.3 Princípio da boa-fé	24
2.2.1.4 Princípio da primazia da realidade e do <i>In dúbio pró operário</i>	28
2.2.1.5 Princípio da proteção	36
2.3 Execução no processo trabalhista	36
2.3.1 Conceito de execução	36
2.3.2 Da origem aos tempos atuais da execução	38
2.3.3 Das fases da execução no processo do trabalho	44
3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	46
3.1 Empregador	46
3.2 Empresa	46
3.3 Personalidade jurídica.....	48
3.4 Empresa individual	48
3.5 Origem da teoria	50
3.6 Aplicação da teoria <i>DISREGARD DOCTRINE</i> no Brasil	54
3.6.1 Introdução da desconsideração na Consolidação das Leis Trabalhistas	56
3.7 Da responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade	58
3.7.1 Conceito de gestão e representação	59
3.7.1.1 Administração plúrima	59
3.7.1.2 A nomeação dos administradores	60
3.7.1.3 Nomeação da pessoa jurídica para o exercício de administrador	60
3.7.2 Da responsabilidade individual	61
3.7.2.1 Dos administradores de sociedades	61
3.7.2.2 Dos sócios antigos	63
3.7.2.3 Dos sócios quotistas e dos atuais	64
4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NA REFORMA TRABALHISTA ...	65
4.1 Do Código de Processo Civil	65
4.2 O incidente da desconsideração da personalidade jurídica mediante a reforma trabalhista	67

4.2.1 Quanto à reforma	67
4.2.2 Aplicabilidade do incidente da desconsideração dentro da reforma	68
4.2.3 A desconsideração dentro do processo trabalhista pós reforma	69
4.2.3.1 O debate quanto à suspensão do processo trabalhista devido ao incidente	70
4.3 Da desconsideração da personalidade jurídica inversa do CPC na justiça do trabalho	73
4.3.1 Conceito da desconsideração inversa	73
4.3.2 Quanto a sua aplicabilidade	74
4.3.3 Entendimento jurisprudencial	76
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUÇÃO

Uma atividade econômica se origina de uma sociedade, seja ela simples, limitada, por ações, entre outras; onde as responsabilidades dos sócios pelos passivos da sociedade são, em regra, limitadas ao montante que desejam aportar ao capital social. Assim, os bens pessoais de cada sócio são distintos dos bens da sociedade, logo, o patrimônio da sociedade não deve se confundir com o patrimônio de seus sócios.

Existem exceções legais, onde é comprovada a fraude na gestão e no objetivo social da empresa. Exemplo disso é o caso que vislumbra a desconsideração da personalidade jurídica por encontrar-se no abuso da utilização da sociedade, quando os sócios se utilizam desta para benefício próprio e em prejuízo de terceiros (MOREIRA, 2016).

Em relação à Justiça do Trabalho há uma questão pacífica na doutrina e na jurisprudência que, insolvente a pessoa jurídica, os sócios respondem com seus bens pelas dívidas por ela contraídas. Trata-se do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, aplicado no processo do trabalho com fulcro em disposição contida no caput e no § 5º do art. 28, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, combinados com o artigo 50, do CC/02 e 135 do Código Tributário Nacional; subsidiariamente aplicados ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769, da CLT (CALDEIRA, 2016).

A desconsideração da personalidade jurídica objetiva afastar a divisão existente entre os bens da sociedade e os bens pessoais dos sócios e considerá-los como uma universalidade de bens que deve responder pelas obrigações contraídas pelos sócios em nome da sociedade com o intuito de fraude.

Segundo Jorge Neto (2015) na ordem jurídica nacional, encontramos a desconsideração da personalidade jurídica nos seguintes diplomas: (a) na sociedade anônima, a responsabilidade do acionista, controlador e do administrador (arts. 115, 117 e 158, da Lei 6.404/76; (c) art. 28, Lei 8.078/90 (CDC); (d) a Lei 12.519/11, art. 34, determina a desconsideração da personalização da pessoa jurídica quando

ocorrer infração à ordem econômica; (d) art. 50, CC – 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 civis sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

De forma inovadora, o Código de Processo Civil disciplina o incidente de descon sideração da personalidade jurídica (arts. 134 a 137).

Tendo-se em vista a necessidade de se conhecer melhor a figura da pessoa jurídica e para o desenvolvimento do tema central deste trabalho, faz-se necessário o enfoque da Personalidade Jurídica, pelo papel que desempenha.

Sendo assim, abordaremos a personalidade jurídica tendo em vista sua função, por ser o centro da discussão sobre o tema da aplicação da *disregard doctrine*.

É necessário, entretanto, mencionar algumas posições doutrinárias sobre a personalidade jurídica das quais a pesquisa se aproxima e que, servem de fundamento para a posição adotada a respeito da personalidade jurídica e de como e quando deve ser aplicado na lei trabalhista, estabelecendo as hipóteses para sua aplicação.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica aborda a separação ou existência distinta da pessoa jurídica e dos seus membros, tendencialmente pessoas naturais, consagrada no artigo 50 do Código Civil. Tem-se assim espaço de investigação se, no preceito, se contém princípio absoluto ou, antes, se nos casos do uso da pessoa jurídica na prática de fraude e abusos, pode o julgador ignorar a separação e, de trás da forma societária, aprender, para julgar, os atos dos que a atuam e usam, afastando-a de sua precípua função teleológica.

Segundo Faraco (2014) a descon sideração da personalidade jurídica é um assunto de suma importância para o processo do trabalho, uma vez que, muitas vezes é necessário atingir o patrimônio dos sócios das empresas para dar eficácia às decisões judiciais, garantindo, assim, o pagamento dos créditos trabalhistas (os quais possuem natureza alimentar).

Trazendo ao final, de cunho não menos importante, a aplicabilidade do Código de Processo Civil mediante ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como a desconsideração inversa prevista no § 2 do Art. 133, concluindo assim, as alterações feitas pela Lei 13.467 de Julho de 2017, que trata da reforma trabalhista.

O objetivo geral do trabalho de pesquisa é abordar a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil e seus reflexos na reforma trabalhista.

Para traçar um caminho coerente para o desenvolvimento do tema, elencaram-se como objetivos específicos:

- Apresentar o processo do trabalho, relacionando os conceitos do Direito do Trabalho, seus princípios e a sua execução no processo trabalhista.
- Discutir sobre a personalidade jurídica, empregador e empresa, tendo como foco de estudo a empresa individual.
- Apresentar a Desconsideração da Personalidade Jurídica, envolvendo a origem da teoria, sua aplicação no Brasil e a responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade.

A pesquisa tem caráter bibliográfico, pois; apresenta uma revisão de literatura visando delimitar conceitos e práticas sobre a temática apresentada, onde foram utilizados livros e artigos de revistas especializados sobre o tema. “A pesquisa bibliográfica é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral”. Quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa explicativa, porque visa explicar a ocorrência de um fenômeno (VERGARA, 2005, p. 48).

A pesquisa foi estruturada em quatro capítulos. O capítulo 1 compreenderá a introdução da pesquisa e apresentará o tema, delimitação, o problema, os objetivos, a justificativa e a condução dos capítulos. No capítulo 2 será apresentado o processo do trabalho, enfocando os conceitos do Direito do Trabalho, seus princípios e a sua execução no processo trabalhista.

O capítulo 3 abordará a discussão sobre a personalidade jurídica, empregador, empresa e empresa individual. Será apresentada a Desconsideração

da Personalidade Jurídica, envolvendo a origem da teoria, sua aplicação no Brasil e a responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade.

Por fim, no quarto capítulo será discutido a Desconsideração da Personalidade Jurídica do Código de Processo Civil e seus reflexos na reforma trabalhista.

2. PROCESSO DO TRABALHO

O capítulo tem por objetivo apresentar o processo do trabalho, abordando os conceitos do Direito do Trabalho, seus princípios e a sua execução no processo trabalhista.

Segundo Marques:

O significado de trabalho é mais nobre, pois engloba não somente a capacidade física da pessoa humana, mas também a intelectual, ambas relacionadas à prestação do serviço, desde que legítima e legal, pela contraprestação mediante remuneração. No entanto, para legitimar esse significado de trabalho são condições a proteção à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde do trabalhador (MARQUES, 2007. p.21).

O direito do processo do trabalho, por ser um direito que possui autonomia, contém em seu bojo princípios, dos quais se originam suas normas, estando grande parte delas abarcadas na CLT.

Além das regras e princípios, o Direito Processual do Trabalho, igualmente, possui instituições, por exemplo, criadoras e aplicadoras do mesmo.

Direito Processual do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições destinado a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais na solução dos dissídios, individuais ou coletivos, pertinentes à relação de trabalho (MARTINS, 2010. p. 18).

Apesar de alguns autores acreditarem que a denominação dessa matéria é Direito Judiciário do Trabalho, a palavra “conjunto” revela que o direito do processo do trabalho forma um sistema composto por diversas partes e não simplesmente por atos ligados ao juiz.

Conforme esclarece Martins:

O Estado é o maior criador das normas processuais trabalhistas. A Justiça do Trabalho é o órgão estatal do Poder Judiciário incumbido de aplicar as regras processuais trabalhistas. A DRT faz mesas-redondas para mediar os conflitos coletivos do trabalho. Os sindicatos também são instituições que participam das negociações coletivas de trabalho, estabelecendo condições de trabalho (MARTINS, 2010. p. 19)

Essas instituições, por intermédio das Varas do Trabalho, TRT's e do TST; é que irão dirimir os conflitos existentes entre as partes, tanto nos dissídios individuais (empregado e empregador) quanto nos coletivos (entre sindicatos, entre empresa e sindicato etc.).

2.1 Direito do Trabalho

Gomes & Gottschalk (2002, p. 9) conceituam Direito do Trabalho como:

O conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre os empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele.

Pode-se afirmar que é o Direito do Trabalho é um conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre empregados e empregadores, e os direitos resultantes da condição jurídica dos trabalhadores.

Para Delgado (2001, p. 35) “O Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos”.

Segundo Cesarino Júnior em seu livro “Direito Social” (p. 52): O Direito do Trabalho divide-se em dois grandes ramos: o Direito Individual (que tem por objeto o estudo das relações entre empregado e empregador do Trabalho) e o Direito Coletivo do Trabalho (que estuda a organização sindical, os conflitos coletivos de trabalho, a greve, os acordos e convenções coletivas de trabalho e o poder de negociação e de representação de entidades sindicais).

2.2 Princípios

Um princípio é o fundamento de uma norma jurídica, são as bases do direito que não estão definidas em nenhum diploma legal.

Reale conceitua princípios como:

... enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (REALE, 2003. p. 37)

As regras não são princípios; regras são relações entre causa e efeito, indiferente da moral, da ética.

Por outro lado, princípios são relações entre causa e efeito, mas de cunho moral; ético. Os princípios são leis naturais, preexistentes, originários da razão e do bom senso, que servem de ponto de apoio para o surgimento moral do instituto que influenciam, numa sequência de causa e efeito. Assim como existem os princípios que regem o direito comum, a ordem jurídica trabalhista também pressupõe a existência de princípios genéricos e específicos.

Assim, os princípios no âmbito do direito do trabalho, constituem linhas de conduta que adaptam e influenciam o comportamento humano, para o bom relacionamento dos indivíduos entre si. São arquétipos de conduta para o sucesso do relacionamento, que orientam a consecução do fim; diretrizes que operam sobre os direitos nascidos da razão, influenciadores da norma. Rodrigues cita que:

São aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que se pode encontrar em outros ramos do direito (RODRIGUES, 1993, p.15).

Linhas diretrizes ou postulados são aqueles que inspiram e dinamizam o verdadeiro sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações do trabalho, conforme critérios distintos dos que se pode encontrar em outros ramos do direito; são postulados inspirados pela própria razão que permitem e facultam a convivência pacífica entre o homem e a natureza, entre o homem e a comunidade, do homem consigo mesmo.

Apesar da frequência com que se utiliza a palavra 'princípios' na linguagem jurídica, e da reiterada alusão aos princípios gerais de direito, não há uma alusão clara nem unanimemente aceita da noção de princípio geral de direito nem da noção mais ampla do princípio. Com efeito, diz Eduardo Garcia Máynez: 'Determinar o que se deve entender por princípios gerais de direito é uma das questões mais controvertidas da literatura jurídica (RODRIGUES, op.cit., p.15).

Em resumo, são todos aceites como enunciados de índole moral, propostos à razão do homem para a consecução de um fim, à concretização de um ideal.

Nos princípios está o lado mais forte e sensível da interligação do direito do trabalho ao universo do mundo jurídico. Além disso, deles dimanam as veias de interligação com todo o universo jurídico em suas várias disciplinas (TEIXEIRA, 1968. p. 57).

No Direito do Trabalho Espanhol Pérez se pronuncia sobre o assunto:

“A dignidade da pessoa como princípio informador do ordenamento jurídico adquire especial relevo ao projetar-se nas relações trabalhistas. A posição de sujeição do trabalhador, igual como em outras relações de submissão, tem dado lugar a que nos Ordenamentos apareça o respeito à dignidade da pessoa como um direito do trabalhador frente ao empresário e frente aos demais trabalhadores da mesma empresa. Estamos diante de um autêntico princípio geral do Direito do Trabalho (PEREZ, 1986. P.130-1).¹

Os princípios inspiram o legislador, não sob o talho e o rigor técnico, mas de maneira ideal e difusa, abstrata e genérica, como no princípio da igualdade, ou do salário digno. Por sua vez, a proteção, vem inserta na lei de maneira precisa, sob a mira de rigor técnico - como se verifica nas normas cuja finalidade é a de proteger a saúde do trabalhador. Assim a lei atinge sua finalidade protetora, ainda que, sob inspiração dos princípios, com eles se não confunde.

2.2.1 Classificação dos princípios

Rodrigues (1993) classifica os princípios como:

- **Da proteção:** que o mestre reputa entre todos por características do direito do trabalho;
- **Da irrenunciabilidade:** dando como irrenunciáveis os direitos trabalhistas;
- **De continuidade do trabalho:** apesar de em estrita correspectividade com a proteção, (e aqui a proteção é do *opus faciendi*), todavia é havido como princípio

¹“La dignidad de la persona como principio informador del Ordenamiento jurídico adquire especial relieve al proyectarse en las relaciones laborales. La posición de sujeción del trabajador, al igual que en otras relaciones de sujeción, há dado lugar a que en los Ordenamientos aparezca el respeto a la dignidad de la persona como un derecho del trabajador frente al empresario y frente a los demás trabajadores de la misma empresa. (...) Estamos ante un auténtico principio general del Derecho del trabajo” (Tradução livre da autora).

geral e independente, por seu inquestionável valor social;

- **Da primazia da realidade:** termo emprestado da ideia *contrato-realidade*; a primazia da realidade tem maior abrangência e oferece menor resistência à ideia por parte dos doutos. Tem a significação de, de regra, no âmbito do direito do trabalho só valem os pactos que não contrariarem as normas jurídicas de proteção do trabalhador;

- **Da razoabilidade:** a regência dos atos jurídicos dentro do universo do trabalho tem de obedecer à razão, levando em consideração a normalidade das coisas, e as capacidades do homem, dentro do princípio do razoável;

- **Da boa-fé:** de todos, apesar da suma importância e necessidade de cada um, nenhum é tão próspero, tão interior, tão verdadeiro, quanto o da boa-fé. Se nos demais se vê, como obrigação imposta, na da boa-fé, só existe um inspirador, o convencimento.

O princípio da boa-fé é a alma do negócio, aliás, de qualquer negócio ou ato de humanos; constitui o maior triunfo da civilização. Na classificação do autor aparece por último, entretanto, deveria ser o primeiro.

A enumeração dos princípios compõe um dos pontos em que se depara com a maior variedade de opiniões, como se verá a seguir.

2.2.1.1 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

A renúncia, pela associação de ideias, provoca uma oposição, donde dimana à força de um princípio típico do direito do trabalho, o da irrenunciabilidade dos salários. Por uma questão de lógica e bom senso, se os salários são irrenunciáveis, obviamente, essa parcela patrimonial foge do controle do titular, não podendo dispô-lo nem sequer para transação.

As retribuições, todavia, devidas pelo trabalhador, por força de lei, ou contrato coletivo, poderão ser retidas pelo empregador, por força de seu poder disciplinar e função administrativa com que a própria lei o investe, quando a isso determina. Por força dessa investidura, constitui-se crime se o empregador não repassar o que reteve, ou o principal devedor, caso não se descontem as importâncias devidas por seus empregados.

Na Justiça do Trabalho deve-se ponderar sobre a Renúncia dos direitos trabalhistas sob dois prismas diversos: a) primeiramente, renúncia de direitos na vigência do vínculo trabalhista, contrato estante ou vigente; e b) renúncia de direitos após o vínculo trabalhista, ou direitos originários de um vínculo, agora findo e acabado.

As consequências, obviamente, serão diversas. Uma, a renúncia sob a bandeira da subordinação, sob a pressão psicológica de garantir o emprego, cuja existência é um direito e um bem ponderável; sob outro ponto de vista, já encerrado o vínculo, a transação de direitos, a renúncia assumem um papel meramente civil, posto que deixassem de coexistir a subordinação e o emprego, que, assim, já não entram como elementos no balanço das ponderações.

Colhidas essas observações, as transações e acordos firmados na Justiça do Trabalho, ou mesmo em acordos extrajudiciais, ou em mesas redondas, já findo o vínculo trabalhista, são questões civis e, sob essas luzes e comando deverão ser resolvidos, posto que, nesses comentários, inexistente a subordinação e dependência, tônica característica do vínculo.

Em síntese, o analista, por primeiro, tem de observar se, ao momento da renúncia ou da transação de direitos, o vínculo empregatício se faz presente, é vigente ou já não vigora.

Patrão e empregado, num primeiro plano, cidadãos civis, no segundo. Se no primeiro, as leis de finalidade protetiva têm força atuante e direta, no segundo as leis minoram de vigor, sendo-lhe o alcance por via reflexa, pois já se cuida mais de contrato de trabalho. Nem existem os laços constrangedores dessa natureza, ainda que a transação se reflita sobre direitos oriundos em consequência do anterior vínculo. Entretanto, a lei poderá trazer em relevo outros interesses que não os simples interesses das partes.

A renúncia, por si, é ato jurídico, unilateral, que circula na contramão do bom senso, por representar o despojamento de um bem, sem nenhuma compensação aparente. Daí presumir-se, para sua validade, que a liberdade se expresse no esplendor de sua capacidade. Tudo o que turve essa liberdade, empece o brilho e a sinceridade desse ato. Qualquer nuvem que turve a liberdade põe a perder o ato, já que, por si, é estranho e contrário à ambição inata no ânimo do homem.

Porém as renúncias bem como as transações são nulas de pleno fôlego quando se voltam para a saúde do trabalhador, ou a vida e as condições do trabalho. Serão nulas de pleno direito as renúncias prejudiciais ao trabalhador, uma vez que não lhe advém nenhum benefício, mas evidentes prejuízos, e, ao reverso, significam vantagens econômicas ao empregador, com perdas de vantagens para o empregado. Tais renúncias são logicamente nulas. A própria natureza do homem e o bom senso refutam-nas posto subjugarem-se à subserviência e imposição viciada do poder de mando do empregador. Aqui é onde se concentra o núcleo do princípio da irrenunciabilidade dos direitos.

Destarte a nulidade de pleno direito que se faz presente nos artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem parece não deveria faltar nas disposições normativas trabalhistas, comando de tamanha importância, à vista da subjugação consequente do vínculo empregatício.

A renúncia, considerada sob o aspecto do direito do trabalho, pode ser visualizada em duas fases: a) durante a vigência do contrato, a renúncia é vista com as lentes da subordinação; b) pós-contratual, quando é a renúncia colhida após cessar o vínculo trabalhista. Aqui a renúncia ganha uma nova textura, visto estar liberta da subordinação e dependência. Assim, a vontade das partes entra no ciclo, na normalidade.

A renúncia também se pode classificar quando ocorre por vontade ou por vontade reflexa. Ocorre a renúncia dos direitos quando dele abrir mão o titular. De regra ao trabalhador, para que se não lhe mutile o direito de liberdade, lhe é garantido o direito de renúncia a alguns dos direitos superficiais, patrimoniais, como por exemplo, a parte de suas férias como bem frisa Martins:

Verificamos que as férias têm um aspecto de direito irrenunciável para o empregado, de que este não pode abrir mão. O Estado, por outro lado, também tem o interesse de verificar a concessão das férias, assegurando a saúde física e mental do trabalhador (MARTINS, op. cit. p. 479).

O bem da verdade, a diminuição das férias não se caracteriza como renúncia do descanso. Não pode haver renúncia do descanso. O número de dias ou de horas, a mais ou a menos, sendo já satisfeito o direito do descanso é mera superficialidade formal que não atinge a essência do direito.

Com a renúncia do principal, ocorre o fenômeno da extinção dos direitos correlatos. Quem, por exemplo, renúncia à cobrança de um crédito, *ipso facto*, estará conjuntamente renunciando à cobrança dos juros pela mora e as atualizações, que igualmente falecem com a cessação do principal.

As renúncias operadas no âmbito do Direito do Trabalho, cessado o vínculo, têm caráter absolutamente civil, posto que, encerrada a relação empregatícia e cessado o vínculo subordinativo, as partes se igualam no querer, como pessoas civis, e os direitos transacionados são passíveis das nulidades ou anulabilidades dos atos jurídicos como tais, sem contar, agora, com o pálio protetor ao hipossuficiente, posto que, já se não trata disto.

A renunciabilidade é regra no Direito Privado, comportando exceções. A irrenunciabilidade é um princípio vigorante no Direito do Trabalho, onde, por influência desse princípio, as leis trabalhistas, de finalidade protetiva, proíbem sob pena de nulidade as renúncias de direitos que assim, lacrados pela irrenunciabilidade, se tornam indisponíveis, imunes à vontade do trabalhador como do empregador.

Como exemplos consideram-se como irrenunciáveis: o vínculo, os salários, a presença na empresa (*intuitu personae*), a conta de tempo da duração do vínculo, para fins de aposentadoria, aos depósitos fundiários, ao descanso, em seus quatro desmembramentos: intrajornada, interjornada, semanal e anual.

2.2.1.2 Princípio da razoabilidade

Rodrigues comenta que:

Razoável é definido como o regulado, o justo, o conforme a razão. De modo que, na verdade (razoável e racional) ambas com maior freqüência para referir-se ao ser dotado de razão e a palavra razoável costuma ser reservada para aludir às atitudes conforme a razão (RODRIGUES op. cit. 251).

Deveali apud Rodrigues (op. cit.), também se refere ao termo, em que as alterações possíveis e que não impliquem em prejuízos ao trabalhador, devem obedecer aos comandos do que for razoável.

O princípio traz em seu esteio o emprego da inteligência, equilibrando situações imprevistas, mas que se devem acomodar ao acessível e correto diante dos fatos da vida; o que se aconchega ao corriqueiro, ao normal, ao que comumente ocorre, sendo que fatos excepcionais que se alçam para fora dos padrões normais, têm de ser vistos com maior dose de prudência e boa razão.

Razoáveis são aquelas atitudes que o homem comum, mediano, *bonus pater familias*, assumiria se a tanto fosse constrangido, antevendo a realidade e a essência do fato, sem se perder com o que lhe vem posto à frente dos olhos; deve enxergar além. Por exemplo, à vista de determinado documento, onde se estabelecem renúncias de direitos, cabe ao julgador, por força desse princípio, antever da razoabilidade da renúncia em benefício de outrem, quiçá mais poderoso e rico, se o ato não foi meramente simulativo, à vista dessa discordância, sabendo-se que esse tipo de desprendimento nem é comum, nem razoável, e assim, à força do princípio da razoabilidade declará-lo nulo, evidente, se houver, à luz da razoabilidade, motivos ponderosos para tanto, o que só será possível na análise do caso concreto.

Na produção do direito seja ela qual for, a elaboração de normas ou a exalação de pronunciamentos judiciais têm de trazer nítidos os prumos da boa razão, do bom siso; pronunciamentos judiciais que fogem dos limites do bom senso, ou do razoável, têm de ser colocados sob o crivo da suspeita, por presumivelmente contraditarem o princípio aqui em análise, tanto como o do mau empregador com abuso de direito (já na ordem disciplinar, como na arbitrariedade do poder), poderá ter seus atos declarados nulos por alheios aos comandos da razoabilidade. É aquela consideração mais fina da realidade do fato e de seu alcance, passando para além das formalidades que o acompanham e retratam. É a visão que não se fixa na casaca, mas penetra até o núcleo do fato *sub analyse*. É com esse pendor que tem de ser analisado o princípio do razoável.

Assim refere Lima:

Através da razoabilidade chega-se com mais facilidade às situações reais. Trata-se de um critério até certo ponto subjetivo, porém fundado em pontos objetivos. É um princípio inteligente que separa o homem da máquina, levando-o a compreender os fatos muito além do que aos olhos aparecem. Por seu intermédio, os aplicadores da lei escapam às montagens jurídicas e de provas com objetivo de desconstituir a realidade. Se o juiz é um tanto de ciência e outro tanto de consciência, esse princípio emana do exercício da consciência (LIMA, 1994. p.141).

Por força do princípio da razoabilidade, o juiz tem um compromisso social, vocacional, com a verdade. Araújo assim se pronuncia:

A tendência dos processualistas é exatamente a de privilegiar a busca da verdade real, e não apenas a verdade processual, pois ao ordenamento jurídico interessa não apenas qualquer solução da lide, mas sim, a melhor solução possível (ARAÚJO, 1996. p 90).

O que mais estarrece e amedronta é que a mesmíssima verdade, da mesma textura e vestes, pode receber decisões opostas entre si, contraditórias. Isso se faz inexplicável pela razão, embora até possam as decisões ser exaradas com algumas diferenças, diante das circunstâncias especiais de cada causa, mas à luz da razão, não cabem gritantes oposições. Assim, decisões antípodas, ambas, não se acomodam diante da razão, pois não se pode bandear de oito para oitenta.

Em tudo se faz necessário o comedimento, máximo, em questão de justiça. O princípio *del razonable* impõe por si a prudência. Não se pode, por simples presunções, dar em terra com todos os contratos, atos e negócios jurídicos, por não satisfazerem a uma dada razão de alguém, sem mais examinar e ponderar. Não é isso que inspira o princípio do razoável.

Aplicando-se bem o princípio da razoabilidade na busca do verdadeiramente justo, o juiz atinge ponto ainda mais sublimado posto fazer valer o verdadeiro direito, não para si, mas para os outros, para a sociedade.

Pelo que entende Lima, o substrato íntimo donde se origina a força e a atuação viva deste princípio se concentra na *desigualdade* das partes contratantes, o que leva o mais forte a fazer com que o cumprimento e realização de certas formalidades não alcancem o verdadeiro intento. Do excerto doutrinário, extrai-se o seguinte ensinamento:

Se levar-se em conta só a aparência formal, desaba toda a construção jurídica protecionista, porque o trabalhador é forçado a assinar documentos, em branco, contrato de natureza diversa, concordância com modificações do contrato, renúncia, pedido de demissão, quitação geral, etc. Nesse contexto o princípio opera como uma enzima posta sobre a prova que o empregado faz contra tais renúncias viciadas (ARAÚJO. op. cit. p.142).

Não há dúvidas de que o princípio da razoabilidade seja questão de suma importância para o direito, posto que posicione o comportamento do homem (empregador, empregado, juiz), dentro dos níveis do que seja a boa razão, o que significa ser questão unicamente subjetiva. O que é razoável? Evidente que aqui se extremam ou se apartam as opiniões, sofrendo todo o tipo de influência subjetiva do aplicador da lei, ou do executor da ordem, ou do comandante do ato, não havendo como se definir ou delimitar o razoável.

Todavia uma coisa é certa, a consciência do homem comum, sabe precisar quando o comportamento é razoável e quando não, embora, sendo imprecisos e flácidos os limites, se tenha noção plena pela própria intuição jurídica do que seja razoável.

Por exemplo, calhando ao juiz examinar uma causa onde se levante uma justa causa por abandono de emprego, ou renúncia de um direito, ou a de o empregado ter ofendido graciosamente o patrão, note a ele que são questões que merecem exame apurado, posto serem fatos contrários ao razoável, isto é, fogem do que normalmente acontece, e não é nem costumeiro nem calha facilmente à razão, o empregado, desprezando seus inúmeros direitos, simplesmente, abandonar seu emprego, ou graciosamente, ofender quem lhe comanda e paga os salários, posto que a razão impõe, pelos caminhos do normal e comum, que essa pessoa goze de especial prestígio e respeito entre os assalariados.

2.2.1.3 Princípio da boa-fé

A boa-fé tem, no sentido trabalhista, essência ética e tem como conceito amplo não prejudicar a outrem. É vista sob duas ópticas diferentes: como fato e como princípio. Como fato, a boa-fé é “... a *convicção ou consciência de não prejudicar a outrem*”, crença, confiança de agir conforme o direito, estado psicológico, relacionado com a diligência individual; sendo um conceito elástico, é puro estado de espírito de proceder bem e corretamente, é certeza moral, baseada na constituição natural da alma humana, é o que se costuma denominar boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva é tratada também como “(...) *estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção, ou a falta de intenção de alguém*” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1992. p.79).

Rodrigues (op. cit.) qualificou a boa-fé de leal.

Por sua vez, Araújo acentua:

A principal obrigação do empregado é a prestação de serviço. Trata-se de obrigacional de fazer. Como ensina Martins Catharino, trabalhar é ato existencial do empregado, que ao praticá-lo, sob ordens do empregador, compromete também o seu ser. Pelo simples fato de obrigar-se, tornando-se devedor de trabalho, já limita a sua liberdade, e, porque se coloca à disposição do empregador, limita-se mais ainda, e não como todo e qualquer devedor em relação ao credor. Muitas vezes, a vontade do empregado pode vir completamente condicionada, conforme seu estado de necessidade, que exclui até o mínimo de liberdade para se obrigar. (...) O empregado não se compromete apenas a prestar um trabalho. Deve fazê-lo segundo as ordens do empregador e com um rendimento adequado e razoável. Em nosso ordenamento jurídico não existe critérios objetivos para determinar o rendimento do empregado. Tampouco as convenções e acordos coletivos dispõem sobre o tema, salvo algumas raras exceções, ao contrário dos países europeus, onde é comum tal prática (ARAÚJO, op. cit. p. 254-5).

Na essência ambos os conceitos o de moral e o jurídico da boa-fé se assemelham.

Álvaro Costa apud Lima, entende que o conceito da boa-fé se envolve num invólucro psicológico, revestido de sanção moral e dotado de um mínimo de objetividade, pois que no direito as intenções não têm assento, mas sim nos atos e fatos em que se objetivam (LIMA, op. cit. p. 167).

A boa-fé entendida, no seu sentido de fidelidade e lealdade extremada no cumprimento das recíprocas obrigações, boa-fé que significa limpidez e transparência nos termos contratados, simbolizando a intenção clara do cumprimento das obrigações assumidas, (evitando toda nódoa que se pode apresentar de maneira comissiva ou omissiva), sendo conceito antigo, legal do venerável direito dos antepassados, suporte do bom termo das relações sob esse prisma assumidas.

Modernamente, diz ser a boa-fé-lealdade, isto é, clareza na assunção dos compromissos assumidos, o toque da fidelidade com que sempre há de se haver o trabalhador para com o empregador e vice-versa. Segundo Magano, a todo o trabalhador se faz necessária a fidelidade, como invólucro do mesmo contrato de trabalho, pois que, *“é a observância da fé devida. A inserção do trabalhador na*

empresa permite-lhe familiarizar-se com a vida desta, tendo acesso, às vezes, aos seus mais recônditos segredos” (MAGANO, 1981.p.169).²

A boa-fé-lealdade, de início, se manifesta em dois sentidos: boa-fé condição e boa-fé-execução. A boa-fé-condição é a lealdade demonstrada, no que importa a aptidão para a execução da tarefa. A boa-fé na execução é a predisposição interior de bem cumprir o compromisso assumido, pela maneira, pela forma como assumido.

Grasseti, citado por Rodrigues (op. cit.), ao se referir à boa-fé faz a seguinte distinção: “entendida no sentido objetivo do cumprimento exato e escrupuloso das obrigações contratuais, distingue-se da outra espécie de boa-fé, a subjetiva ou psicológica, abrangente do erro ou falsa crença”.

O princípio da boa-fé é preexistente ao contrato, já o da lealdade é coetâneo a ele, coexistente ao contrato. Um é pressuposto, o outro é o elemento de continuidade ou continuativo. A lealdade nasce com o contrato e com ele termina. A boa-fé anima toda a vida contratual, desde o ingresso do trabalhador na empresa, até o último passo de sua vida contratual. Seria ilusório, temerário e sem nenhum suporte nos fatos da vida, pensar alguém que as leis bastam por si mesmas para reger a vida do trabalhador. São elas o *minimis minimorum*, tudo o mais vem pela observância dos princípios, dos costumes, da boa vontade das partes pela assunção e aplicação dos princípios, daí sua flagrante e dinâmica importância. Assim, a boa-fé anima o nascimento, vida e morte do contrato. Não se pode afirmar, sem grande heresia, ser a boa-fé mera questão programática, ao reverso, é obrigação jurídica e dever moral. Se as pessoas não quiserem obedecer às leis, elas se transformam num cenário seco e inútil, visto que seu poder de fogo, poder coagente, é demorado, lento, impreciso e suscetível. Eis onde calham a necessidade e dinamicidade dos princípios, que levam as partes a serem honestas umas com as outras, pelos ditames subjetivos da boa-fé, da lealdade, absolutamente imprescindível para o

² Tudo isso por causa da fé depositada, como condição de acesso e permanência no emprego, o que gera o correspondente dever de fidelidade. A inobservância mais flagrante desse dever é a da revelação dos segredos da empresa ou de outras informações que o empregado tenha acesso em virtude de cargo ocupado. E conforme a observação de Justo Lopez, citado pelo mesmo autor, a infidelidade poderá ter notas de comportamento omissivo, já pela falta de comunicação de perigos a que se vê exposta a empresa, já nos casos de suborno, quando o trabalhador se deixa seduzir por dádivas e propinas da clientela, para que lhes favoreça com tratamento preferencial, em detrimento da totalidade e percebendo benefícios a *latere* o que caracteriza a infidelidade, posto não ser esta a *voluntas domini* (MAGANO, 1981, p.169).

nascimento, vida e morte do contrato. A boa-fé, que bem compreendida, é o princípio que transforma as agruras do contrato, num jogo suave e leve.

A boa-fé de assento no direito do trabalho é a intenção pura, não só a de que está operando dentro da linha do direito, como a de uma proposição de vida contratual honesta, intenção essa, como proposta primeira e inabalável deve perpassar a animar os dois polos da contratação.

A boa-fé assim entendida deixa de ter o sentido antigo de mero refúgio ou subterfúgio de um ato doloso ou danoso, cuja intenção não correspondia aos efeitos alcançados, mas a um propósito firme de honradez; um propósito inalterado de, uma vez a proposta firmada no contrato, ser uma proposta onipresente por todos os minutos contratuais, de uma postura digna do trabalhador e tal qual, ou mais, do próprio empregador: proposta de vida saudável e obediência fiel aos princípios norteadores desse caminho e proposta de vida.

Tal proposta de vida, substrato de boa intenção, é onde se empalma o conceito de boa-fé, na constância diuturna cujo dinamismo aí se percebe. Eis a imprescindível importância, não só no campo do trabalho, mas em todas as ações humanas, para consigo mesmo, para com os outros, para com a comunidade, para com o Estado.

No entanto, em decorrência de um simples erro, ou de um engano, não se pode partir para o julgamento de boa ou má-fé, posto que a intenção é o substrato que alimenta a boa-fé.

O princípio da boa-fé é o orientador máximo na formação dos contratos, e dentre todos, evidentemente, o do trabalho, quer pelo aspecto subjetivo, quer pelo prisma objetivo, regulador desse tipo de relações.

A boa-fé representa os pulmões do contrato; pelo lado objetivo, esses pulmões recebem o ar e por onde renovam o ar da lealdade contratual, que não se concentra nem num ponto, nem num instante, mas na continuidade, no trato sucessivo por quanto tempo possa durar o contrato.

A boa-fé que anima o contrato de trabalho se diferencia da boa-fé que se expande por outros institutos. O contrato de trabalho é pessoal quanto à vontade e o é quanto ao objeto. Não existe trabalho sem a presença de sua força motriz: o

trabalhador. O homem é a usina de seu trabalho. Assim, o homem que se compromete ao trabalho, está alocando, *lato sensu*, o seu próprio ser.

Ninguém admite um empregado, nem alguém que admitido; irá entender que sua admissão não esteja umbilicalmente ligada com o fator produção. A boa-fé, portanto, se estabelece, entre outros, também nesse terreno, a produção e a contraprestação salarial. De conseguinte, a boa-fé, além de um princípio norteador do contrato, é um compromisso moral recíproco. A lei pode ser imoral, mas a boa-fé, nunca.

2.2.1.4 Princípio da primazia da realidade e do *In dúbio pró operário*

Há um princípio genérico, de que não se deve desviar a vista, quando se trata de relação de emprego, pois encampa a ideia da prevalência do real, apesar das aparências e seus muitos vernizes, a primazia da realidade.

Rodriguez (op. cit.), adiantando-se sobre a questão, afiança que o termo “*primazia da realidade*”, por ele empregado, trouxe, anteriormente, outra significação, a de “*contrato-realidade*”, termo este largamente empregado por vários autores. Tal asseveração e diferenças são de pequena monta, uma vez que se referem simplesmente à extensão e abrangência de um e menor elasticidade do outro termo, diferenças essas, portanto, não quanto a seu cerne, mas quanto ao campo de incidência.

Se aceitar uma concepção mais ampliada do termo contrato de trabalho como a abrangência de todos os atos, negócios e fatos aí ocorridos, ambos os termos se tangenciam. Se, ao reverso, o termo se delimitar à simples formalidade contratual, evidente que ambos os termos se distanciam, apenas e tão somente quanto longitude e latitude, jamais quanto ao fulcro e essência do negócio jurídico denominado contrato de trabalho.

A Lei, por ser lei, tem de transmitir a seus súditos retidão, firmeza, justiça e máxima. Deve ser compatível com a realidade da vida e as reais exigências da comunidade como um todo, sem as exceções odiosas e corporativas que a enfraquecem e a põem sob suspeitas. A lei não é a vontade de alguém, pelo contrário traduz a vontade mais justa, volvendo vistas para o todo, sem privilegiar

castas. Com grande visão prática, lança luzes sobre o assunto Schmidt, *apud* Rodrigues, no seguinte excerto doutrinário:

A lei não é a vontade de um ou de muitos homens, mas uma coisa geral, racional: não voluntas, porém ratio. Isto vale sem distinção de formas de governo, para a monarquia, aristocracia e democracia. Por isso distingue Aristóteles uma democracia onde imperem as resoluções populares e não as leis... Também para Santo Tomás de Aquino a lei é uma *ratione ordinatio*, em contraste com a vontade conturbada pelas paixões de um indivíduo ou de uma massa de homens (RODRIGUES, op. cit. p. 254).

Portanto, no cumprimento da lei, o que prepondera é a realidade de fato, a realidade da vida, o que existe realmente. O princípio real, o que nos acalenta o ânimo como a verdade verdadeira, ainda que, para enxergá-la nítida, se tenha que arredar os véus e tapumes que se atulham, muitas vezes por obra e graça de documentos, manobras, e demais empecilhos, formalidades que trazem por objetivo obnubilar a real certeza e força da lei. Daí, por ser o contrato de trabalho, contrato de clara finalidade protetiva, dizer-se e repetir-se a expressão de ser o contrato de trabalho: *contrato-realidade*.

Afirma Molitor, *apud* Rodrigues:

Existe uma diferença essencial entre o contrato de trabalho e os contratos de direito civil. Nestes, a produção dos efeitos jurídicos e a aplicação do direito somente dependem do acordo de vontades, enquanto no de trabalho é necessário o cumprimento mesmo da obrigação contraída; donde se deduz que no direito civil o contrato não está ligado a seu cumprimento, enquanto no do trabalho não fica completo senão de sua execução (RODRIGUES, op. cit. p.217).

Assim sendo, de pouca monta será o fato de haver ou não o trato formal e expresso para realização verdadeira do pacto trabalhista. Isto não tem a menor importância, bastando para a realidade e veracidade do fato, a execução dos trabalhos propostos e, intencionalmente aceito, o pacto intencionado.

Nesse sentido a afirmação de Rodrigues, citando vários autores, consagra esse mesmo ensinamento:

A existência de uma relação de contrato depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz Scelle, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor (RODRIGUES, op. cit. p.254).

Pelos motivos claros e evidentes acima, afirma-se que o contrato de trabalho é *contrato-realidade*, uma vez que as formalidades e demais exigências necessárias em qualquer contrato civil, são despiciendas na celebração do contrato trabalhista.

De acordo com Rodrigues (op. cit.), o termo *contrato-realidade* foi pela vez primeira empregado pelo Ministro da Suprema Corte de Justiça da cidade do México, Alfredo Iñarritu, numa pendência trabalhista, quando se utilizou do contexto *contrato-realidade*.

Impregnada a expressão do sentido de que para o contrato de trabalho, isto é, para validade e certeza do contrato de trabalho, de seu alcance e finalidade, bastam que, para o primeiro lance, a vontade do pacto, a intenção das partes seja a realidade do direito do trabalho a impor os benefícios da lei, os privilégios das convenções, os pisos salariais trazidos nos acordos.

Por certo, esse contrato entra na estratosfera trabalhista onde tudo tem de obedecer ao que mais privilegie o trabalhador, independentemente dos termos lançados no contrato, ou demais formalidades; assim, o contrato de trabalho e a relação de trabalho constituem o verso e anverso da mesma medalha. O que vale é a realidade posta na lei, nas convenções, nos acordos, nessas fontes de direito que alimentam as relações de trabalho. Daqui nasce outro princípio, o da incorporação automática, no contrato, das cláusulas ou leis mais favoráveis, no contrato.

Aliás, a própria CLT, artigo 443, no seu *caput*, traz nítida a doutrina, da prevalência da realidade: se não for prevista nenhuma formalidade para a celebração do trato trabalhista, se aceita, em outras palavras, qualquer forma ou gesto de que ele se revista, como o da própria execução do trabalho, com o consentimento tácito do empregador, de modo que já se perfaz o ato dentro dos contornos da realidade. “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita

ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

O princípio da proteção tem tons coloridos e fortes, gozando de muito prestígio no meio da justiça do trabalho, de modo que não só consignam ser ela um dos princípios, como se impõe como o maior de quantos haja. Todavia, a proteção é mera finalidade e o maior objetivo da lei; não é princípio do direito do trabalho, mas objetivo culminado na lei. Assim, por vários entendem ser o princípio da primazia da realidade mera decorrência lógica do princípio da proteção.

No entanto, não tendo a proteção, a força de princípio, compõe um predicado especial da lei trabalhista, não pode haver entre objetos de natureza diversa essa correlação de causa e efeito.

Neste âmbito, Rodrigues (op. cit.) diz ser o princípio empregado em vários sentidos. Num primeiro passo a realidade se estenderia meramente ao contrato de trabalho, daí a locução: *contrato-realidade*, como anteriormente explanado; num segundo momento, concebe-se o princípio, numa maior abrangência e amplitude, como o sentido de *primazia da realidade*, que ganha à preferência dos doutos, posto insculpir-se numa clareza diamantina, de fácil manejo e intelecção; numa decorrência lógica do princípio, no campo do direito do trabalho, afugenta, evidentemente, da linha dessa clareza, a dúvida.

Diante da lucidez e imposição lógica desse princípio, impõe-se o desaparecimento do tido e havido como princípio do *in dúbio pro operário*.

A realidade afugenta a dúvida. De fato, é a verdade real que se deixa pilhar por entre os fatos da vida, ainda que dita verdade não seja patente, mas latente, apresentando-se através de aparências. Realmente, o princípio só vigora quando os fatos da vida se mascaram de forma simulativa, maquiados por aplicativos de disfarce, ou, no campo das nulidades e alterações pejorativas, no trato sucessivo do contrato de trabalho, quando pelo desvendar dos véus das aparências enganosas, vislumbram-se os fatos reais e verdadeiros. Então eles se sobrepõem às simulações e aos disfarces, ainda quando muito bem engendrados.

Ora, esse perseguir a realidade, não só se refere ao contrato, mas a todo o arsenal incomensurável de atos e fatos que se seguem ao contrato na relação vinculativa. Deveali *apud* Rodrigues afirma que:

A maioria das normas que constituem o Direito do Trabalho se refere mais que o contrato, considerado como negócio jurídico, e sua estipulação, à execução através do contrato de trabalho; e a aplicabilidade e os efeitos daquelas dependem, mais que do teor das cláusulas contratuais, das modalidades concretas da referida prestação (RODRIGUES, op. cit. p.225).

Os princípios são projetados por uma parte do cérebro que se chama razão e as finalidades provêm de outra parte, da vontade. Isso significa que, entre os fatos da vida, suas finalidades, e os ápodos ou os nomes nos quais os fatos vêm embalados, ou etiquetados, poderá haver sintonia entre um e outro, ou entre eles poderão existir princípios de discrepância.

Por exemplo, no artigo 62, da Consolidação das Leis Trabalhistas: eram discriminadas da jornada extraordinária algumas categorias de trabalhadores, entre eles os gerentes. Só com o passar do tempo, a jurisprudência, fulcrada no princípio da prevalência do real que, pela análise seguida e percuciente dos juízes, foi desbastando e cepilhando os inúmeros abusos ocorridos nesse particular, tais como aqueles caracterizados com o claro intuito de burlar a lei, e de se não pagarem as horas extras. Assim, a grande maioria dos empregados era nominada de gerentes, se transvestindo neles um cargo, uma função, que não correspondia à realidade fatural.

Esse desajuste e discrepância entre o fato, a realidade, e seu transvestimento numa aparência enganosa, é o que diz ser o ato simulativo, uma aparente verdade, deslocada de seu posto real.

Esses embustes podem assumir as mais variadas formas, tanto no contrato, como no exercício de determinado posto ou cargo, como na retribuição recebida pelo trabalhador, de modo que, a análise de cada caso fornecerá os necessários elementos para a busca da verdade real.

As denominações do fato, portanto, nem sempre revelam a realidade subjacente. O trabalhador, por sua vez e, por isso, o princípio se faz da abrangência geral e generalizada, pode igualmente simular situações enganosas para o empregador, quando da contratação, trazendo dados mentirosos e documentos falsos, o que *de correntio* ocorre no *curriculum vitae*. Todavia, as situações são diferentes, posto existir válvulas de escape para o empregador, que, descoberta a fraude, ato contínuo, se utiliza de seu poder de mando e disciplinar para sanear o

ato. Já o inverso não se dá com o trabalhador, por lhe faltarem meios para sanar o erro; a não ser os que lhe fornece a Justiça pelo litígio.

O princípio *in dubio pro operário*, não é princípio *stricto sensu*, mas gera informativa ao juízo, a que ele pode aderir acolher ou não, a dúvida poderá ser ainda mais profunda, qual das partes é com real certeza a economicamente mais fraca? Casos há em que ambos estão no mesmo pedestal de miserabilidade. Pode observar o exemplo dado por Lima:

Basta um exemplo de caso concreto: diante do pretório, o empregado e o patrão (dono de uma bodega), ambos com sintoma de infinita pobreza; o primeiro reclama soma elevada de diferença salarial, 13º, férias, horas extras, salário-família, indenização de antigüidade, anotações de CTPS; o reclamado não sabe sequer se manifestar em contestação, limita-se a dizer que não tem condição financeira para pagar qualquer indenização, mesmo em prejuízo do sustento próprio e da família (claro que expresso em linguagem coloquial); o Juiz Presidente propõe a conciliação e para surpresa de todos, o reclamado oferece a bodega ao reclamante na condição de este o empregar com carteira assinada e salário mínimo. O reclamante rejeitou a proposta, dizendo que a bodega (contra qual reclamava) não suportava tal encargo. (Fato ocorrido na Junta de Conciliação e Julgamento de Quixadá - Ceará). Diante de idêntica situação o princípio deve ser esquecido, porque a hipossuficiência é de ambos (LIMA, 1994. p. 81-2).

O *in dubio* não pode ser princípio, nem regra, nem costume; a dúvida tem de ser espancada; o ilustre juízo que julga com dúvida, não tem convencimento formado, mas mera presunção, o que torna o julgamento também duvidoso, em desprestígio da justiça, que tem de trazer certeza aos jurisdicionados.

Na hodierna fase em que se concebe a autonomia privada, domínio em que interagem os particulares, dentro de um território delimitado pela lei, o que imprime e se entende como direito dos particulares, fundamentando na certeza legal, não se pode admitir seja a dúvida um princípio.

O julgamento sob o signo da dúvida, de toda a forma incrimina o Poder judicante, posto que se, acerta com dúvida, é por mero acaso, o que se não concebe dentro da Justiça; se erra, a Justiça é ultrajada.

O contrato é observado, na ordem dos particulares, como o instrumento propulsor da troca, moderno instrumento de realização e troca de interesses entre particulares. A lei admite e assegura o contrato como caminho certo de tráfego, de

troca, como elemento de união, num quadro geral, em cujo âmbito as situações subjetivas se intercomunicam.

Esse novo entendimento teve seu começo e desenvolvimento na assim chamada comercialização do direito privado. Esse estudo adquire força nova, quando se admite que a liberdade de ação de cada qual permite mover-se e acomodar-se dentro do alvo de uma economia já de início programada. Sob essa diretriz, encaixa-se outra, a da igualdade dos contratantes.

Uma ciência não deve trazer como um de seus bastiões de afirmação, a dúvida. Disse alguém ser mais coerente para a justiça um erro sem dúvida, que um acerto duvidoso, pois a dúvida fere o princípio da justiça, e assim, não pode figurar no pedestal dos princípios. Poderia até servir como exemplo de comodismo, mas como princípio agregado ao Direito, não pode ser.

Não pode o Juiz vacilar no julgamento, e, escudando-se na pusilanimidade, distribuir à farta o patrimônio por mera questão de preconceito, ou conceito antecipado, deixando ao pobre, rico, e, o rico, por ser rico pobre. Pode até tomar as riquezas de uns e entregá-las a outrem, mas com esteio na verdade formal de que está “dando o seu a seu dono”. Do contrário será pirataria judiciária - impossível, ante ao contraditório dos termos, excludentes entre si, tal como a impossibilidade lógica de defender-se a quadratura do círculo. A única posição honesta para o jurista e para o juiz, sem alternativas, é a de, na dúvida, afastar a dúvida.

Quando mais não fosse, o *in dubio* jamais poderia figurar como princípio do contrato de trabalho, pois claramente direcionado, esse apotegma reatasse ao campo dos litígios. Ora, nem todos os trabalhadores litigam. Logo, não se aplicaria à maioria dos trabalhadores, e os princípios, por força das regras da definição, devem aplicar-se a todos os indivíduos componentes da “*res*” definida.

O princípio “*in dubio pro operário*”, quando profundamente analisado, mesmo sobre o crivo dos mais exigentes soa como efeito bombástico, mas não resiste a cinco minutos de profunda reflexão, sendo assim de aplicação humilde, rara e duvidosa.

Entre os princípios não podem existir contradições ou exclusões entre si. Ora, onde prevalece à razão desaparece a dúvida. Logo, está evidente a contradição entre os supostos princípios: o da razão e o da proteção pelos veios do “*in dubio pro*

operário”. Princípios não se contradizem. Portanto, é inadmissível, ilógico, que a oposição razão/dúvida coexista.

No *in dubio*, que não é princípio, mas figurativamente dizendo, apenas um tiro no escuro, misturam-se o certo e o duvidoso, a sabedoria e o erro, o que há e o que não há, fazendo da sentença, cuja natureza de transparência límpida, de convicção harmônica e parelha com a verdade, se mescla, inseguro, envolto no comodismo, confundindo o verdadeiro e o falso, a verdade e a mentira, pois numa simulação protecionista, calca-se em fumos e fantasias. Na dúvida, protege-se, eis a receita segura para a injustiça.

O que é inafastável como finalidade protetiva da lei, e onde não pairam dúvidas, é quanto à saúde do trabalhador, quanto seus direitos à higiene, à saúde, ao salário digno, por exemplo.

A realidade protetiva do trabalho é a de tangenciar as leis na busca de proteção, em seus vários aspectos.

Quando o princípio perde o caráter absoluto, ele passa por ser regra jurídica, à qual se atrelam exceções. Por exemplo, o princípio do *in dubio pró operário*, tido como um dos princípios do direito do trabalho, não é princípio, apenas regra talhada no bom senso. Assim, nada justifica o juiz julgar com dúvida. A comiseração e os problemas sociais não podem ser sanados com a sentença do juiz. Querer transformar a Justiça do Trabalho em Justiça Social constitui em gravíssimo erro e distorção do caráter íntegro da Justiça.

A justiça não existe para golpear os ricos, por serem ricos, nem aquinhoar os pobres, porque são pobres. O juiz, com o ser juiz, não pode permitir que os fumos de um pseudo-socialismo; que lhe arde nas entranhas, à vista de tamanhas injustiças sociais, lhe venha empecer e enturvar as luzes da razão. Isso de, *in dubio*, tirar do presumível mais rico, para dar para o presumível mais pobre, há antes de qualquer coisa, uma ansiedade duvidosa de igualar fortunas, o que é tão impossível como querer igualar nos homens a felicidade e a dor, ou tentar acender fogueira no mar.

2.2.1.5 Princípio da proteção

O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o direito do trabalho, sendo este ramo da arvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

Restabelecer e manter a igualdade processual são propósitos fundamentais do direito do trabalho. A própria Consolidação das Leis de Trabalho confere a desigualdade no plano processual, nos seguintes artigos: Artigo 790, parágrafos 1º e 3º, no qual diz que a gratuidade de justiça; via de regra é concedida apenas ao empregado, o comparecimento à audiência é tratado de forma diferenciada pela CLT em seu art. 844. Se a ausência for do demandante (autor) a ação trabalhista será arquivada, o que proporciona ao autor, normalmente o empregado, a oportunidade de ajuizar uma nova ação perante a justiça especializada.

Na ausência do demandado, normalmente o empregador, importará em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Já o artigo 899, parágrafo 4º ressalta em relação à exigência do depósito recursal apenas para o empregador, quando este for o recorrente.

2.3 Execução no processo trabalhista

2.3.1 Conceito de execução

Para Pacheco *“executar é, no Direito, é cumprir o devedor, voluntariamente, sua obrigação, ou forçar o órgão jurisdicional a cumprir a obrigação contra ele reconhecida”* (PACHECO, 2014. p. 182).

No caso da execução trabalhista, o fim visado pelo processo é o exato cumprimento da vontade do Estado, que é manifestada através da sentença judicial. Neste aspecto, o órgão jurisdicional competente, tem o dever de fazer cumprir o exercício de toda a coerção legal que lhe é autorizada, com o intuito de levar o devedor a inclinar-se à obrigação que lhe é imposta. Este mesmo órgão tem o poder de desapossar, nos limites da lei, o patrimônio do devedor para saldar sua dívida com o credor.

Tanto o poder de coação como o de disposição, estão contidos na sentença que se torna título executivo a satisfazer-se. Após o trânsito em julgado da sentença, entram em cena os atos processuais de execução, que se encaixam num todo articulado e único.

De acordo com os fins imediatos, os atos processuais de execução se agrupam dentro do todo e se distinguem, tudo ao mesmo tempo. Por esses grupos, os atos executórios da sentença trabalhista se classificam em: atos de accertamento, atos de constrição e atos de alienação. Os primeiros são todos atos praticados para o fim de dar liquidez à sentença transitada em julgado.

Os segundos são os praticados para forçar o devedor a cumprir a obrigação determinada na sentença, podendo, inclusive, ocorrer à penhora dos bens do devedor para satisfação da execução. Agrupa-se como um todo, desde a citação para cumprimento espontâneo, até a discussão e a sentença que julga a execução e a penhora.

Os últimos atos de alienação são aqueles praticados com o fim de tornar efetiva a expropriação dos bens do devedor, com o objetivo final de satisfazer a obrigação determinada na sentença.

O grupo compreende desde a avaliação dos bens penhorados à formalização e entrega do título de domínio ao adquirente dos bens alienados, do qual será satisfeito o crédito do exequente.

Segundo Pinto:

Nota-se nesta estrutura que o núcleo da execução da sentença trabalhista é formado pelos atos de constrição. Sem a prática de, pelo menos, alguns deles, como a citação do devedor e a penhora, não se pode falar em execução forçada (PINTO, 1998. p.35).

Neste sentido, Oliveira expõe com propriedade sobre a estrutura do processo trabalhista:

É interessante notar que a estrutura processual trabalhista em muito se distancia daquela própria do processo comum. A autonomia que se verifica no processo comum no tocante à liquidação de sentença, nos embargos e na própria execução, não firma residência no processo trabalhista. No processo trabalhista a liquidação de sentença não passa de mero incidente de natureza declaratória da fase cognitiva (apuração do quantum) e integrativo da execução. E os embargos não têm a dignidade de ação, mas de simples pedido de reconsideração ao juízo de primeiro grau. Em suma, a ação no processo trabalhista congrega fases de conhecimento e de execução se a liquidação de sentença e os embargos são meros incidentes. A decisão proferida em liquidação é homologatória. E a proferida em embargos pode ser revista pelo prolator que possui o juízo da reforma, quando da protocolização de agravo de petição (OLIVEIRA, 2002. p.276).

2.3.2 Da origem aos tempos atuais da execução

Nesta seção busca-se estudar a execução no processo do trabalho, mas para poder-se discorrer sobre este assunto deve-se examinar como funciona o Direito Romano.

Na Roma antiga, a legislação era muito rigorosa em relação às pessoas que não cumpriam as suas obrigações. A execução não era feita como nos dias atuais, (nos bens dos credores); a execução se refletia na própria pessoa, ou seja, a execução era corporal, e não patrimonial.

Observem-se algumas leis romanas que dispunham sobre o assunto:

1. O sistema da *manus iniectio*, concedia ao credor, a faculdade de dispor sobre a vida do devedor, ou seja, poderia matá-lo ou negociá-lo como escravo. Práticas que chegam a provocar justificada repulsa pelos textos contemporâneos, onde a execução, respeitando a integridade física, a liberdade e a dignidade humana do devedor, tem por objetivo exclusivo o patrimônio deste (Código de Processo Civil, artigo. 591).
2. A *Lexpoetelia* (séc. V) rompia com os meios abomináveis que caracterizavam a *manus iniectio*, e defendia a prisão do devedor, o seu agrilhoamento, bem como subtrair do credor o direito de tirar-lhe a vida ou vendê-lo como escravo.
3. No direito romano, a execução patrimonial foi aprimorada com a *pignoris capio*, onde o credor poderia apreender bens do devedor, mas isso teria que ser feito na presença de três testemunhas, sendo dispensado o comparecimento do magistrado e do devedor. Era, portanto, uma apreensão extrajudicial.

4. A *actio iudicati* era constituída por uma nova ação, sendo indispensável para a execução da sentença, que se impusesse o pagamento de certa quantia. No geral, ela obtinha do devedor um reconhecimento quanto ao valor que lhe era cobrado; esse reconhecimento tinha o efeito de evitar que o devedor viesse a ser condenado a pagar a dívida em dobro, além de possibilitar que o magistrado autorizasse o cometimento dos atos executivos. Além disso, essa execução poderia agir sobre a integralidade do patrimônio do devedor e não apenas sobre aqueles que bastassem à satisfação do crédito.

5. Também designada de *rutiliana*, (homenagem ao pretor Rútílio Rufo - vigente no século VII de Roma) a *bonorum venditio* fazia a arrecadação de todos os bens do devedor, que eram administrados pelo *curator bonorum*, indicado pelos credores. Depois, esses bens eram alienados em hasta pública, pelo *magister*, também escolhido pelos credores.

6. Uma variante da *bonorum venditio* foi *odistractio bonorum*, praticado já no período imperial. O que difere esse sistema ao anterior é em relação à penhora, pois *odistractio bonorum* compreendia a penhora somente dos bens necessários a satisfazer o valor da obrigação. Exigia-se também a anuência de todos os credores, sendo nomeado um *curato bonorum* para administrar os bens. A *distractio* apenas era admissível se o devedor pertencesse a certas classes elevadas, como a senatorial.

7. Ainda vamos encontrar nos primórdios do Império Romano, a *bonorum cessio*, onde o devedor, de maneira espontânea entregava a totalidade de seus bens aos credores; caso o produto da venda não fosse suficiente para pagar a dívida, a sua obrigação substituía quanto ao valor restante.

8. Existia ainda, a execução *in natura*, ou seja, em espécie, cujo objetivo é compelir o devedor a entregar determinado bem. Como, em algumas situações, a coisa se encontrava deteriorada, desaparecida, etc., e como o credor não poderia ser prejudicado por isso, investigava-se se o devedor tinha agido com ou sem dolo: no primeiro caso, a execução era feita por quantia limitada, de acordo com a estimativa realizada a talante exclusivo do credor de quem se exigia apenas o juramento; no segundo caso, a execução se processava segundo o valor verdadeiro da coisa destruída, deteriorada, desaparecida, etc.

9. O direito *justinianeus* encerra o ciclo evolutivo do ordenamento jurídico concebido pelo gênio romano. Previa basicamente, quatro formas de satisfação dos créditos, mediante execução: a) pelo manejo da *actio iudicati* que fazia surgir outra ação. Quando a sentença fosse impugnada pelo devedor; essa oposição à sentença, porém, não acarretava, como antes, o pagamento em dobro da dívida; b) pela apreensão (penhora) de bens do devedor, que eram depois vendidos em hasta pública, sendo o produto entregue ao credor; c) mediante a *bonorum cessio*, na hipótese de o devedor ser insolvente, quando então se formava um concurso de credores; d) pela modalidade específica ou em espécie.

É importante notar-se que, de qualquer forma, até certo período da Idade Média, a sentença figurava-se como o único título executivo. Muito tempo depois, com o desenvolvimento do intercâmbio comercial, alguns títulos extrajudiciais passaram a ser suscetíveis de execução autônoma; nessa classe se introduzem os instrumentos lavrados pelo tabelião, os quais tinham as atribuições com os mesmos efeitos da confissão judicial.

Na execução baseada em semelhantes títulos extrajudiciais, o devedor podia exercer a sua defesa com maior extensão, permitindo assim, a produção de provas por ambas as partes.

Visto como funcionavam algumas leis no direito romano, cabe agora, examinar como era a legislação no passado do Direito Brasileiro.

Neste sentido, a execução no Brasil era disciplinada por ordenações vigentes no país, ou seja, portuguesa, a qual correspondia a uma regulamentação extravagante, e onde se desconheciam a execução de título extrajudicial. Por força da Lei de 20 de outubro de 1823, tal legislação passou a ser aplicada no Brasil, mesmo após a declaração da independência.

Em seguida, em 1850, o Governo do Império publica tanto o Código Comercial (em vigor ainda hoje) quanto um Código de Processo Comercial, o famoso “Regulamento n.º 737” (Decreto de 25 de novembro do mesmo ano).

As causas civis permaneceram reguladas pelas Ordenações Filipinas. Com a vinda da República, o Governo instalado provisoriamente determinou pelo Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, que o Regulamento n.º 737 fosse aplicado

também às questões judiciais civis, com o que estabeleceu a antiga unidade processual.

Nesse Regulamento eram previstas três espécies de execuções, citadas a seguir:

1º. A ação decendiária, trazidas das Ordenações lusitanas era aplicada para a cobrança de dívidas representadas por escrituras públicas, contratos mercantis, letras de câmbio, notas promissórias, apólice de seguro, conhecimento de fretes e outros títulos;

2º. A ação executiva era usada naqueles casos em que a ação decendiária não fosse cabível: cobrança de despesas e comissão de corretagem, frete de navios e etc.;

3º. A execução de sentença, em que o devedor era citado para pagar ou indicar bens à penhora, dentro de 24 horas; sendo ilíquida a sentença, a citação era para quantificar a obrigação nela contida.

Em 1940, no dia 1.º de fevereiro, promulga-se o primeiro Código Processual Unitário da República (Dec.-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939); mas, antes, o Governo publicara o Dec.-lei n. 960, de 17 de novembro de 1938, que dispunha sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em todo o território nacional.

Esse decreto que teve também caráter unitário passou a incorrer supletivamente na execução trabalhista, *ex vi* do artigo 889, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O processo de execução foi dividido em duas partes, pelo Código de Processo Civil de 1939: ação executiva e execução de sentença. No artigo 298, deste dispositivo legal, estava prevista a ação executiva, que era designada à cobrança de custas dos serventuários da justiça; dos emolumentos dos intérpretes ou tradutores públicos; das despesas dos corretores, leiloeiros ou porteiros; dos honorários de médicos, cirurgiões dentistas, engenheiros, advogados e professores; dos créditos líquidos e certos, representados por instrumento público, ou por escrito particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas: de letra de câmbio, cheque, nota promissória, etc. (incisos I a XVIII).

Essa ação era iniciada pela citação do réu, a fim de que ele pagasse a dívida em 24 horas, sob pena de penhora. Depois de feita a penhora, o réu teria dez dias para contestar a ação, e sendo assim, prosseguia pelo rito ordinário. Julgada “procedente” a ação, os bens eram avaliados e remetidos à hasta pública.

A execução de sentença estava prevista no artigo 882, que podia ser considerada definitiva e provisória. O objeto dessa execução poderia ser: o pagamento de quantia certa (artigos 918 a 991); a entrega de coisa certa ou em espécie (artigos 992 a 997) e a obrigação de fazer ou de não fazer (artigos 998 a 1.007). O devedor era defendido nessa execução por embargos, pois o artigo 165, desse diploma processual instituíra ser “necessária a citação, sob pena de nulidade, no começo da causa ou da execução”.

Para entender-se o que é o processo de execução claramente deve-se conhecer a conceituação exata do que vem a ser processo.

Processo são os métodos ou as técnicas de que se vale o Estado para impedir os conflitos inter individuais de interesse juridicamente tuteláveis.

O processo do trabalho estabelece o instrumento posto à disposição dos órgãos integrantes da Justiça do Trabalho, para a composição das questões judiciais, que podem ser individuais ou coletivas, envolvendo empregados e empregadores, assim como outras que se compreendam na competência constitucional dessa Justiça Especializada.

O exercício do direito da ação geralmente conduz a existência de três classes de processo: **de conhecimento**, **de execução** e a **cautelar**. O processo de conhecimento tem como objeto, um provimento que aprecie o mérito da ação, embora a própria norma processual preveja alguns casos em que, excepcionalmente, o processo se extinguirá sem julgamento das questões de fundo.

Ainda assim, adotando como critério a natureza da resolução judicial que se pede ou que é emitida, é estabelecida pela doutrina uma subclassificação do processo de conhecimento, em: **declaratório**, **condenatório** e **constitutivo**.

A sentença declaratória poderá ser positiva ou negativa, de acordo com a existência ou inexistência da relação judicial; ainda vale observar que serão sempre declaratórias as sentenças que rejeitarem os pedidos formulados pelo autor (declaratórias negativas), mesmo este tenta pretender um provimento condenatório

do réu. Em outras hipóteses, como na de ação declaratória puramente negativa, a rejeição assume caráter de conteúdo declaratório-positivo.

As sentenças declaratórias positivas no processo do trabalho são as que reconhecem, e as negativas são as que rejeitam a relação de emprego existente entre as partes.

Nas sentenças condenatórias já que é afirmada a existência do direito, há o reconhecimento de sua violação e, em consequência, dirige ao réu um preceito sancionatório, sob a forma de obrigação de entregar coisa certa ou incerta, de fazer ou de não fazer, ou de pagar quantia certa. Essas sentenças somente possuem eficácia executiva, pois a execução forçada não está contida nelas. Os provimentos constitutivos atuam somente a partir do momento em que se verifica o trânsito em julgado da decisão (sentença ou acórdão).

Sentença de constitutividade, no processo do trabalho, é a que em ação aforada pelo empregador, com o objetivo de demonstrar a prática grave pelo empregado, conclui pela existência do ato faltoso e determina a ruptura do vínculo contratual.

No processo de execução parte-se do direito, já reconhecido pela sentença condenatória, aos fatos cuja atividade executória os altera para adequá-los ao direito. O processo de execução tem como pressuposto legal, o título executivo, consubstanciado tanto na sentença condenatória passada em julgado, quanto no acordo não cumprido.

No processo de conhecimento, o Estado, preponderantemente, ouve, a ambos os litigantes, enquanto no de execução, exige, do devedor, o cumprimento da obrigação.

A moderna ciência do processo tende a considerar o processo cautelar como classe autônoma, separando-a das outras (de conhecimento e de execução) e tem fartos argumentos para isso.

A autonomia do processo cautelar é incontestável, pois reside na prevenção e segurança e, além disso, contêm em um só tempo, as funções do processo de conhecimento e do processo de execução. A finalidade desse processo é garantir ao indivíduo, o seu direito de ação e o próprio “devido processo legal.

2.3.3 Das fases da execução no processo do trabalho

A execução trabalhista se apresenta por três fases distintas e sequentes: **quantificação, constrição e expropriação patrimonial**.

Quantificação: transitando em julgado a decisão condenatória (sentença ou acórdão) que pôs fim ao processo de conhecimento, ou não ter sido cumprido o acordo realizado pelos litigantes, a providência a ser naturalmente tomada, por iniciativa do juiz ou pelo requerimento do interessado, consiste na citação do devedor, a fim de cumprir a obrigação, no prazo legal, seguindo-se a apreensão e venda de seus bens, se a ordem judicial não for atendida.

Constrição: quando for estabelecida a liquidez do título executivo, o devedor será convidado a cumprir a obrigação, num prazo de 48 horas; caso isso não ocorra, estará sujeito a penhora de seus bens, tanto quantos bastem ao pagamento da dívida, com os acréscimos legais.

Expropriação: depois de realizada a penhora, os bens, já avaliados serão remetidos à praça e leilão, para serem alienados; esta é a última das fases integrantes da execução trabalhista, cuja finalidade coincide com a do processo civil: expropriar bens do devedor para que a obrigação seja cumprida, de maneira integral, mesmo que, para tanto, venham responder bens futuros, a ele pertencentes, ressalvadas as execuções legais.

A ação trabalhista é presidida pelo princípio legal da incoação do juiz, no que respeita ao início desse processo. Em termos práticos, essa peculiaridade é notável, na medida em que, transitando em julgado a sentença, ou não sendo cumprido o acordo, pode o juiz por iniciativa própria, ordenar a citação do devedor para cumprir a obrigação, sob pena de penhora, exceto se, no primeiro caso, houver necessidade de liquidação por artigos ou por arbitramento.

A pretensão executiva é como um pedido ou uma solicitação que uma das partes faz ao órgão jurisdicional, com vistas ao reconhecimento ou à conservação de direito. Essa pretensão acaba revelando o seu interesse em agir em juízo, interesse que também está ligado à necessidade ou a utilidade na obtenção da tutela jurisdicional invocada.

No processo executivo, o autor, ou seja, o credor, também tem pretensões. Essas não tendem a declaração de direitos e sim, a realização prática do preceito sancionatório introduzido no título executivo, que se realiza com o integral cumprimento, pelo devedor, das obrigações consubstanciadas na sentença ou no acórdão condenatório.

Em regra, no processo de conhecimento as pretensões deduzidas pelo autor, firmam em conseguir um decreto jurisdicional que reconheça a existência do direito alegado; porém, o réu pretende que o juiz negue a presença do direito alegado pelo autor. No processo de execução, a pretensão do autor, que é o credor, não é obter do Estado o reconhecimento de direito e sim, a fazer com que o devedor seja obrigado, mediante a expropriação de seu patrimônio, a cumprir a obrigação que dá conteúdo ao título judicial.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JÚRIDICA

A pessoa natural como um sujeito humano, possui a aptidão de adquirir direitos e deveres (em sua maioria) e em primeiro momento pode-se diferenciá-lo da pessoa jurídica, por esta ser uma ficção jurídica, ou seja; não há sua materialização física, contudo ambas podem ser sujeitos de direitos.

O capítulo tem por objetivo abordar discussão sobre a personalidade jurídica, empregador, empresa e empresa individual; com a apresentação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, envolvendo a origem da teoria, sua aplicação no Brasil e a responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade.

3.1 Empregador

De acordo com a expressão contida no art.2º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Ainda, complementa a norma celetista, que se equiparam ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados.

Pode-se concluir que o empregador pode ser pessoa física ou pessoa jurídica, ou mesmo entidades não dotadas de personalidade jurídica.

3.2 Empresa

Segundo Martins (op. cit.) a principal característica da empresa é o fim econômico, fato que justifica a Economia ser a principal interessada em seu conceito.

Perroux apud Guitton (1961, p.50) considera empresa como:

[...] uma organização da produção na qual se combinam os preços dos diversos fatores da produção, trazidos por agentes distintos do proprietário da empresa, visando a vender um bem ou serviços no mercado, para obter a diferença entre os dois preços (preço do custo e preço de venda) o maior proveito monetário possível.

Para Martins (op. cit.) atualmente, toda empresa tem suas atividades visando ao mercado.

Pelos conceitos abordados pode-se verificar que a empresa é uma atividade de produção toda organizada, visando ao mercado, circulando bens e serviços, com o objetivo de lucro.

Martins (2010, p. 173) acrescenta que o “[...] essencial em qualquer empresa, por natureza, é que ela é criada com a finalidade de se obter lucro na atividade. Normalmente, o empresário não tem por objetivo criar empresa que não tenha por finalidade lucro.”

Segundo Requião (op. cit.), a empresa como entidade jurídica é uma abstração, sendo a mesma, do lado político-econômico uma realidade, do jurídico uma abstração, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens materiais e imateriais, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma entidade abstrata, devendo-se na verdade ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário.

A intenção do empresário com o fim de exercitar a atividade econômica é elemento abstrato e é dele que surge a empresa. Para ser empresa não bastam os elementos organizados, é necessário o exercício da organização. Assim sendo, a organização é um complexo de bens e elemento humano (os bens e o pessoal), onde se faz precisa a atividade do empresário, atuando na organização e determinando a atividade que o levará à produção (id.).

Desta forma, verifica-se que sem a organização feita pelo empresário sobre os bens e pessoal, não existe empresa. Daí é que surge a ideia de que empresa é o exercício de atividade produtiva e a atividade é uma ideia abstrata.

3.3 Personalidade jurídica

A personalidade jurídica é a capacidade lato senso de um sujeito de uma relação jurídica de no mínimo, contrair direitos. Nas palavras de Farias e Rosenvald (2007), *“trata-se do atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico (titularizando relações diversas) e reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade.”*

Em relação ao início da Personalidade Jurídica de uma pessoa natural, ou seja, a capacidade de adquirir direitos e deveres, o código civil estabeleceu no seu art. 2º que: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”*

Se o recém-nascido respirou, nasceu com vida. E é nesse momento que a personalidade civil terá início em sua plenitude, com todos os efeitos subsequentes.

Esta é, portanto, um atributo inseparável da pessoa, à qual o direito reconhece a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações.

A personalidade do indivíduo extingue-se com a morte. A das pessoas jurídicas, com a sua dissolução.

O conceito de personalidade está ligado à pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano e pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil.

A personalidade jurídica é reconhecida a todo o ser humano, e também, a certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas.

Pode-se concluir que a personalidade jurídica é a aptidão para adquirir s e deveres na ordem civil.

3.4 Empresa individual

Os desafios ao abrir uma empresa no Brasil começam com a definição do tipo de empresa, estimativa de seu faturamento, quantidade de sócios, opção pelo regime tributário e formalização da empresa.

Segundo Junior (2016) muitas vezes, quem procura saber o que é Empresário Individual acaba confundindo esse conceito com o do MEI. O MEI é o Micro empreendedor Individual, mas trata-se de modelos bem diferentes. Eles se distinguem, sobretudo com relação à restrição de atividades, ao faturamento anual, à possibilidade de contratação de funcionários e à quantidade de obrigações acessórias. Praticamente a única semelhança é que os dois modelos são formados por profissionais que trabalham por conta própria, sem sócios, e querem ter um nível de formalização do seu negócio.

Mas, ao contrário do MEI, o Empresário Individual tem um faturamento anual máximo muito maior, podendo chegar até a R\$ 360 mil sendo considerado ME (Microempresa) ou até 3,6 milhões sendo EPP (Empresa de Pequeno Porte), isso se enquadrando no regime do Simples Nacional. Ainda há a possibilidade de estar no Lucro Presumido, e aí o limite sobe para R\$ 78 milhões (JUNIOR, 2016).

Fora isso, outra diferenciação importante é com relação às atividades. Enquanto o MEI é muito mais voltado a atividades tidas como operacionais, o Empresário Individual já tem uma variedade muito maior de atividades. Soma-se a isso o fato de que o MEI pode contratar apenas um funcionário recebendo o teto da categoria e o Empresário Individual não tem limite de colaboradores.

Se o empresário não vai ter sócios e não se enquadra nas limitações do MEI, ele tem basicamente duas opções de formato para abrir sua empresa: Empresário Individual ou EIRELI. A diferença mais significativa entre os dois formatos é com relação à segregação dos bens pessoais (id.).

Como Empresário Individual, o empreendedor poderá responder por possíveis dívidas da empresa com o risco de colocar em jogo seu patrimônio como pessoa física. No caso da EIRELI existe a segregação entre os bens da pessoa física e da pessoa jurídica. Se a empresa entra em algum litígio, uma disputa judicial, em tese, isso estaria limitado ao valor do capital da empresa.

Outra diferença importante é sobre o capital social da empresa. Abrindo empresa como Empresário Individual, não há um mínimo necessário para se entrar como capital social. Pode-se inicial com qualquer valor. Já para se constituir uma EIRELI, o empresário deve ter, no mínimo, o valor de cem salários mínimos devidamente integralizados (id.). Para o ano de 2017, o valor é de R\$ 93.700,00.

Assim sendo, o empresário individual (anteriormente chamado de firma individual) é aquele que exerce em nome próprio uma atividade empresarial. É a pessoa física (natural) titular da empresa. O patrimônio da pessoa natural e o do empresário individual são os mesmos, logo o titular responderá de forma ilimitada pelas dívidas (BRASIL, 2017).

3.5 Origem da teoria

Ao adentrar no tema principal da desconsideração da personalidade jurídica, se faz necessariamente defrontar-se com o conceito de pessoa jurídica em breves relatos além do já exposto nos capítulos anteriores.

Em que pese à reconhecida importância do instituto da pessoa jurídica, seu sentido e valor, vêm sendo discutidos desde o final do século passado, principalmente nos países de *common law*, nos quais se encontra a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. E isto porque não há como negar que sua importância está justamente na razão que levou à introdução do instituto da pessoa jurídica nos mais diversos ordenamentos.

A fim de aclarar esta ideia, as seguintes reflexões de Konder são importantes, *in verbis*:

Nunca é demais refletir sobre o sentido primigênio de persona, que é a máscara teatral e, por extensão, o próprio papel ou função dramática desempenhada pela personagem portadora da máscara. Função - enquanto desempenho. Adimplemento, execução - é a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo (KONDER, 1983. p. 282).

No trecho acima se destaca como aspecto fundamental para a compreensão do que seja pessoa jurídica, qual seja sua função. A importância do instituto revela-se em virtude da relevância prática que possui, justamente por conta da função que as sociedades comerciais, às quais a lei atribui personalidade jurídica, desempenham na vida em sociedade. Ou seja, foi instituída pelo Estado a figura da personalidade jurídica, a fim de incentivar determinadas condutas úteis para a comunidade.

Justen Filho ensina:

Isto posto, reputamos que a personificação societária envolve uma sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afiguram-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado (JUSTIN FILHO, 1987. p. 49).

Assim sendo, a personalidade jurídica se constitui em instrumento que encontra sua razão de ser na necessidade da sociedade de se organizar comercialmente para a utilização da força de trabalho, exploração dos meios de produção e obtenção de lucro.

E neste sentido, estudando a *disregard doctrine*, é fácil constatar que a mesma nasce da necessidade de se garantir o papel predeterminado juridicamente às sociedades comerciais; ou melhor, para garantir que os sócios não estejam se utilizando da máscara da pessoa jurídica para, através de atos aparentemente lícitos, atuarem de forma temerária, com abuso de direito.

As seguintes palavras de Serick (1966) - um dos principais sistematizadores da teoria - em uma obra clássica a respeito do tema constata que este deve ser o caminho correto para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica:

A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros. E não é sem razão que tal problema se repete. O fato de que os tribunais se encontrem sempre e mais freqüentemente às voltas com o mesmo, demonstra que o respeito incondicionado pela forma da pessoa jurídica pode, em determinados casos, levar a resultados não justos (SERICK. op. cit. p. 1).

A partir do comentário acima, pode-se concluir que a desconsideração da personalidade jurídica se apresentou para os tribunais dos países ligados ao sistema do *common law* como a melhor maneira de se conseguir um resultado que fosse ao encontro do direito, sempre que se configurasse a hipótese do uso abusivo das atribuições legais decorrentes da existência de personalidade jurídica, sendo as principais, a autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade. Isto é, os

tribunais dos países, cujos sistemas jurídicos encontram origem no direito anglo-saxão, permitiram que se deixasse de privilegiar o instituto da pessoa jurídica, muito cristalizado e quase que inatingível nos sistemas romano-germânicos, para se alcançar solução justa, através da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como medida para resolver os casos de abuso de direito.

O motivo da desconsideração da pessoa jurídica ter origem nos países filiados ao direito anglo-saxão, nos quais predominam o sistema *common law*, é justificável devido ao fato de que as regras de direito dela propiciaram aos Tribunais, na sua tarefa de “restabelecer a ordem perturbada”, afastar preceitos legais, com o objetivo de conseguir resultados mais adequados ao direito.

O que faz ressaltar ainda mais o caráter de medida para alcançar solução justa, ou o aspecto prático da desconsideração da personalidade jurídica é o fato de que, aplicando-se a *disregard doctrine*, não se anula a personalidade jurídica.

(...) mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos. (REQUIÃO, 1969. p. 410-12)

Em 1897, Rubens Requião com notícias de julgado, cita o caso *Salomon vs. Salomon & Co.* em Londres, e apresenta os fatos seguintes:

O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma ‘Company’, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da ‘company’ era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da ‘company’, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários (REQUIÃO, op. cit. p.18).

O juiz de primeiro grau reconheceu estar presente a fraude; Salomon era o proprietário do fundo de comércio, passando-lhe, pois, a responsabilidade pelo

pagamento dos demais credores. Contudo, tal decisão foi reformada pela Corte, com fundamento de que, tendo sido validamente constituída, a sociedade era regular, o que impediria que se desconsiderasse a personalidade jurídica. A resistência calcada no frágil obstáculo legal, e, extremamente formalista, aos poucos foi caindo e a doutrina veio sendo amplamente aplicada pelos Tribunais na Inglaterra.

Apesar de a origem da doutrina encontrar-se na Inglaterra, o seu desenvolvimento e aplicação mais amplos ocorreram nos Estados Unidos da América. Em 1912 Wormser, jurista norte-americano que se dedicou a tecer considerações sobre a doutrina, ponderou:

... quando o conceito de pessoa jurídica ('corporate entity') se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais (WORMSER *apud* Rubens Requião, *op. cit.*, p.14)³.

A descrição acima deixa evidente que a desconsideração da personalidade jurídica, inicialmente, era aplicada apenas para os casos de fraude, mas, os tribunais americanos ampliaram a abrangência da doutrina, passando a aplicá-la também nos casos de abusos de direito.

No Brasil, a doutrina opera em caso de abuso de poder ou fraude. Encontramos sua aplicação também na Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como no Código Tributário Nacional, sem qualquer cogitação da necessidade da prova de fraude, para que o patrimônio dos sócios venha a ser atingido, nas circunstâncias previstas pelas leis.

Desconsiderar a personalidade jurídica significa ignorar a atribuição legal de direitos e obrigações. Sua origem em nosso ordenamento jurídico ficou estabelecida pelo artigo 20 do Código Civil de 1916, que dispõe: "*As pessoas jurídicas têm existência distinta dos seus membros*". A máxima *universitas distat a singulis* reflete bem o significado do referido dispositivo legal.

³ Note-se nas palavras de Wormser a forte carga valorativa e até dramática, pois que se utilizou de adjetivos como "velhacos e delinqüentes", o que vem reforçar a afirmação acima no sentido de que não apenas os ilícitos levam à desconsideração, mas também o que se tenha como "injusto", configurando-se como abuso de direito.

Isto porque, de acordo com o artigo 18, do Código Civil, com o registro do contrato ou estatutos sociais, a sociedade adquire o *status* de pessoa jurídica, com patrimônio próprio, inconfundível com o patrimônio de seus membros, constituindo-se, portanto, sujeito de direito e obrigações (DINIZ, 1997. p. 42).

Porém, com o advento da Lei 10.406 de 10/01/2002, o Código Civil trouxe em seu art.50 à aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica mediante o desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial.

3.6 Aplicação da teoria *DISREGARD DOCTRINE* no Brasil

Em meados dos anos 1960, a doutrina do *disregard* foi introduzida no Brasil, embora já houvesse desde 1943 no ordenamento jurídico, a previsão da desconsideração da personalidade jurídica.

A Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - baixada por Getúlio Vargas, já trazia, no artigo 2º; ao estabelecer a extensão do conceito empregador, a noção de empresa, que inclui os grupos econômicos. Tanto é assim que o parágrafo 2º, do referido dispositivo faz menção expressa aos grupos industrial, comercial ou de qualquer outra atividade, atribuindo às diversas sociedades integrantes a responsabilidade solidária para as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho.

A discussão da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, introduzida por Rubens Requião, em seu trabalho publicado na *Revista dos Tribunais*⁴ em 1969 tece comentários a respeito de Piero Verrucoli e Rolf Serick, os pioneiros, e agrupa na doutrina a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual é de fundamental importância no processo de divulgação da doutrina desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, onde:

A desconsideração na personalidade jurídica, como técnica excepcional de modificação de centro de imputação, surge nos países da 'common law', nos quais só se personificam certas formas societárias - as 'corporations' que correspondem às nossas sociedades por ações (SZTAIN, 2011).

⁴ A segunda contribuição da Doutrina brasileira que merece menção especial é o hoje já renomado trabalho do Prof. Rubens Requião; altamente meritório por ter sido o pioneiro entre nós na divulgação da problemática da desconsideração, com análise, de modo especial, dos trabalhos de Serick e Verrucoli.

Levando-se em conta que o Direito Brasileiro encontra sua origem na família romano-germânica, essa influência permite o ordenamento jurídico se organize com base em “*construções as mais abstratas e genéricas, a fim de permitir aplicação do raciocínio dedutivo. Portanto, os problemas e as questões surgidas são subsumidos ao modelo abstrato*” (JUSTEN FILHO, op. cit., p.53).

Apesar dos limites relativos impostos à estrutura do direito brasileiro, bem como da reconhecida excepcionalidade da medida da desconsideração, surpreendentemente, a teoria começou a ser aplicada nos Tribunais Nacionais antes mesmo da introdução do assunto no âmbito doutrinário. Tanto, que José Lamartine traz, em sua obra, a sentença proferida pela 11ª Vara Cível do Distrito Federal, já nos anos 1950, na qual o juiz se fundamenta na obra de Rolf Serick, apresentada como uma das primeiras decisões em que foi adotada totalmente a *disregard doctrine*. (Idem. p. 54)

A desconsideração da pessoa jurídica tem um cunho de excepcionalidade também sob esse ângulo. Vale dizer, não apenas há uma exceção à incidência da regra geral que reconhece a personificação societária como também a exceção se manifesta em que se trata de um procedimento que refoge à tradição do pensamento continental (Id. p.53).

Na Dupla Crise da Pessoa Jurídica, também se encontra notícia de parecer formulado em 1956, por Francisco Campos, intitulado *Negócios Indiretos*, no qual a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deixou de ser abordada, na medida em que o referido trabalho foi desenvolvido em data anterior à introdução doutrinária da *disregard doctrine* no Brasil.

Assim, a fim de fundamentar que, de fato, determinada sociedade apenas substituía uma sociedade anterior, excluída de contratar com o poder público, com o fim de viabilizar a continuidade de suas atividades naquele mercado, utilizou-se da noção de “negócio indireto” praticado pelos sócios que eram os mesmos, tanto na primeira quanto na aparente “segunda” sociedade.

3.6.1 Introdução da desconsideração na Consolidação das Leis Trabalhistas

Mister ressaltar que existe distinção entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. Na primeira hipótese a pessoa coletiva deixa de existir como sujeito autônomo, em virtude de irregularidades ligadas aos atos de constituição da sociedade, como, por exemplo, a falta de registro, invalidade do contrato social e outras. Na segunda hipótese, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto.

Na despersonalização, necessário levar-se em conta que, na hipótese de ausência de condição de existência da sociedade, como em invalidade de contrato, ou sua falta de registro, não se pode falar exatamente de despersonalização, pois o ente comercial nunca possui personalidade jurídica, justamente pela falta do requisito, configurando-se como sociedade de fato; a este tipo de sociedade, a lei não atribui autonomia patrimonial, não havendo, portanto, como se falar em desconsiderar algo que não existe.

Por isso, caso haja direito a ressarcimento de dano ocorrido, em virtude de negócio jurídico, não há que se falar, no caso da sociedade de fato, em despersonalização, sendo então, autorizada a execução direta dos bens dos sócios.

Portanto, só se pode falar em despersonalização, se estiver diante de sociedade validamente constituída. Conforme Justen Filho:

Ao contrário, o vício na constituição societária acarreta o desaparecimento da sociedade e da pessoa jurídica, supervenientemente, pela carência dos pressupostos legais. Inobstante tal, reconhe-se a personalidade jurídica (ou melhor, aplica-se excepcionalmente o regime jurídico das sociedades personificadas, total ou parcialmente) (JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p.78).

Tratando-se de sociedade regularmente constituída, autorizada estará a desconsideração da personalidade jurídica.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, neste aspecto, encampou a teoria da desconsideração, sem qualquer inovação, ou seja, afasta-se a autonomia patrimonial até que se obtenha a inteira satisfação dos créditos reclamados pelo

trabalhador, subsistindo a pessoa jurídica para todos os demais atos praticados pela sociedade.

Requião, neste sentido, pronuncia-se sobre os efeitos da desconsideração:

... deve entender-se que com isso só se trata da desestimação da forma da pessoa jurídica no caso particular, sem negar sua personalidade de uma maneira geral. Com efeito, o que se pretende com a doutrina do 'disregard' não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto... (REQUIÃO. *op.cit.*, p. 12).

O exposto vem de encontro à finalidade e relatividade da personalidade jurídica, demonstrando o objetivo do legislador em não aniquilar a sociedade, mas moldar a atividade à finalidade, sempre que seja utilizada com abuso de direito, fraude, etc.

O parágrafo 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, de certa forma, introduziu a desconsideração da personalidade jurídica no cenário do direito positivo brasileiro, fez de maneira muito abrangente, na medida em que previu a possibilidade de atingir-se o patrimônio de outras sociedades integrantes de grupos econômicos, excetuando-se a:

... autonomia que resulta da personificação das várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que, além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista da empregadora... Atente-se, porém, para a circunstância de que a CLT não exige a prova de fraude nem de abuso para que outras empresas, que não a empregadora, respondam por débitos trabalhistas desta; basta que integrem o mesmo conglomerado para que todas sejam solidariamente responsáveis (AMARO. 1993. p.171).

Isto porque a personalidade jurídica implica por si só, independentemente de os sócios agirem fraudulentamente, certo grau de abuso, admitido pelo direito, em virtude da consecução de objetivos úteis para a coletividade.

O legislador, levando-se em consideração a posição do trabalhador frente à empresa afastou qualquer impedimento legal capaz de frustrar o direito do

trabalhador de receber o que lhe for devido, instituindo a responsabilidade solidária para as sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico.⁵

Enfatizando nos dias atuais mediante o cancelamento da Súmula 205, do Tribunal Superior do Trabalho, dando interpretação restritiva ao referido dispositivo legal, pois o mesmo contrariava o § 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶, pois enunciava: *O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.*

Não deixando de salientar que, existem os defensores do entendimento de que o artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas não corresponde à desconsideração da personalidade jurídica, justamente, porque a responsabilidade solidária da outra empresa integrante, para o grupo econômico, não decorre de nenhuma ilicitude e, por isso, estabeleceu-se o caso de responsabilidade solidária e não da desconsideração da pessoa jurídica.

3.7 Da responsabilidade dos sócios e administradores na sociedade

Como pessoa jurídica, distinta da pessoa de seus membros, a sociedade limitada necessita para o exercício da atividade para a qual foi constituída, de mecanismo que permita praticar todos os atos direcionados à realidade do escopo social.

Por analogia, como o corpo humano a pessoa jurídica precisa de um cérebro, que é o “órgão” que lhe dá condições de tomar decisões e, ainda, mãos e braços, como instrumentos que lhe permitam executar essas mesmas decisões. E esses instrumentos de execução, imprescindíveis para o funcionamento da pessoa jurídica, se consubstanciam na existência de executores ou um grupo de executores, podendo ser pessoas jurídicas ou físicas, dependendo da vontade dos sócios, que

⁵ *O direito do trabalho, por sua imposição característica, inadmite obstáculo jurídico ou ‘formal’ para a tutela do direito do trabalhador. Efetiva uma valoração, reputando a faculdade jurídica outorgada ao trabalhador como insuscetível de qualquer sacrifício. Como a personificação societária é instrumento de sacrifício de faculdades alheias, o direito do trabalho ressalva o campo das relações empregatícias (JUSTEN FILHO, op.cit., p.103).*

⁶ De fato, o referido Enunciado determina que só poderá figurar na execução a empresa do grupo que tenha participado da fase cognitiva, contrariando, assim, o disposto no § 2º do art. 2º, da CLT, assim como o princípio da celeridade e o da proteção ao trabalhador, que informam o Direito do Trabalho.

imprimem a ela a organização material e humana para a consecução dos interesses sociais.

3.7.1 Conceito de gestão e representação

A administração interna, em suas relações com os sócios, o administrador exerce poder de gestão, através do qual cuida do funcionamento do ente coletivo, ordenando as relações entre a sociedade e sócios, sobretudo, levando-se em conta, sempre, o interesse social.

O administrador exerce poder de representação em relação a terceiros, que diz respeito à administração externa, pois é a que produz efeitos externamente à pessoa jurídica; é a que faz repercutir ao seu exterior a vontade da pessoa jurídica, vinculando-a a toda sorte de obrigações, isto é, aquelas estabelecidas entre a sociedade e terceiros, incluindo-se, nestes últimos, os próprios administradores ou sócios, enquanto pessoas distintas da pessoa jurídica.

Neste sentido, Abraão observa que *“...internamente, em suas relações com os sócios, o gerente exerce poder de gestão; em seu relacionamento com terceiros, o de representação”*(ABRAÃO, 1988. p. 86).

Perante essas pessoas, o gerente deverá agir, conforme dispõe o artigo 153, da Lei 6.404/76 (Lei de Sociedade Por Ações), a qual se aplica subsidiariamente às sociedades por quotas: *“com o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”*.

3.7.1.1 Administração plúrima

O art. 1.060 do Código Civil bem como o Decreto n.º 3.708/1919 já previam que a administração da sociedade limitada pode ser composta por um único ou por vários administradores, gerentes; admitindo assim a gerência plúrima, sob a qual todos os administradores deverão agir em conjunto - a chamada administração plúrima conjuntiva.

Entretanto, se cada administrador praticar indistintamente todos os atos incumbentes à administração social, ou através de partilha de competência, cabendo

a cada administrador exercer determinada função, se diz assim existir administração plúrima disjuntiva.

3.7.1.2 A nomeação dos administradores

O administrador poderá ser escolhido no ato da constituição da sociedade. Esta constituição de escolha pode ser deliberada posteriormente pelos sócios, obedecendo ao que se dispôs no contrato social, conforme art. 1.060 do CC. Entretanto, conforme dispõe o artigo 13, do Decreto 3.708/19, não havendo eleição do gerente e diante da omissão do contrato social, todos os sócios serão gerentes da sociedade.

Quanto aos administradores não sócios, sua nomeação dependerá de aprovação por unanimidade dos sócios, caso o capital ainda não esteja integralizado e de 2/3 caso haja integralização, conforme art. 1.061 do CC

3.7.1.3 Nomeação da pessoa jurídica para o exercício de administrador

Com o crescimento econômico do país, que ocorreu nas últimas décadas, observa-se a formação de sociedades por quotas, que têm por sócios, exclusivamente outras sociedades, ou cuja participação majoritária pertence a uma pessoa jurídica.

A legislação das sociedades por quotas é omissa, diferentemente do que se estabelece nas sociedades anônimas, nas quais o artigo 146, da Lei 6.404/76, estabelece expressamente que a administração deverá ser exercida exclusivamente por pessoas naturais.

Relativo à possibilidade de se confiar a administração da sociedade limitada à pessoa jurídica, não há maiores impedimentos, uma vez que a atuação da pessoa jurídica se dá necessariamente através de pessoas físicas, apesar desse entendimento não ser pacífico.

Mas, a maioria dos doutrinadores entende que é possível o exercício da gerência por parte de outras pessoas jurídicas, e que do contrário estar-se-ia criando uma incapacidade para o exercício da administração mediante interpretação ampliativa da lei. Tanto a narrativa é verdadeira, que podemos observar que a

administração através de pessoas jurídicas é uma realidade amplamente aceita na prática empresarial (LUCENA & TEIXEIRA, 1996; PEIXOTO, 1958).

Neste sentido, segundo Ferreira (1954), Teixeira (op. cit.) e Leães (1977) concordam que casos em que a pessoa jurídica for investida da função de administrador, ela se utilizará do instituto da delegação previsto no artigo 13 do Decreto, administrando através de um gerente-delegado.

3.7.2 Da responsabilidade individual

3.7.2.1 Dos administradores de sociedades

A responsabilidade dos administradores decorre, em última instância, de atos ilícitos. Verificando-se de duas maneiras previstas na Lei das S/A (art. 158) e no Código Civil (art. 927).

Dessa forma, será responsável sempre que agir com dolo ou culpa, mesmo que dentro das limitações de competência previstas no contrato/estatuto. Ou então, quando ultrapassar os atos regulares da gestão.

Essa fórmula segue as regras da teoria subjetiva tradicional, exigindo um descumprimento (da lei ou do contrato/estatuto) e a ocorrência de um dano. A ocorrência de um dano é essencial à responsabilização civil, posto que sem esta não se possa falar em responsabilidade dos administradores.

A responsabilidade objetiva dos administradores carece de fundamentação axiológica, pois estes não estão em posição de distribuir as perdas e os riscos de sua atividade.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a responsabilidade pessoal na sociedade limitada era regida pelo art. 10 do Decreto 3.708/19, onde os sócios não respondiam pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, ressalvadas o excesso de mandato e a violação do contrato ou da lei.

Porém, o Código Civil de 2002 alterou a responsabilidade dos administradores sociais, estabelecendo uma solidariedade entre os administradores em relação à sociedade e a terceiros, desde que atuem com culpa ou dolo no exercício de suas funções dentro da sociedade, nos termos do art. 1.016 do Código Civil: “Os

administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

Outra inovação no âmbito da responsabilidade dos administradores introduzida pelo Código Civil decorre da regra do art. 1.015, que trata dos atos de gestão dos administradores. Na vigência do Decreto 3.708/19, a sociedade respondia solidariamente com o administrador nos atos realizados dolosamente, com excesso de mandato, por violação ao contrato ou à lei. No entanto, o Código Civil de 2002 procurando implantar a já superada teoria *ultra vires* no direito brasileiro.

Pela teoria *ultra vires* entende-se que são nulos os atos praticados pela sociedade que não estiverem em consonância com seu objeto social, pois; nesta hipótese considera-se que a sociedade não teria capacidade legal para praticar determinado negócio jurídico. Com efeito, o art. 1.015 do Código Civil de 2002 passa a admitir que a sociedade se exima da responsabilidade pelos atos realizados pelos administradores, nas hipóteses descritas nos incisos I a III.

Por outro lado, não se deve entender que a responsabilidade é objetiva ou solidária entre todos os administradores, pois a solidariedade deve ser analisada de acordo com o tipo de administração (disjuntiva ou conjunta), conforme previsão no contrato social.

Diante disso entendemos que para responsabilização dos administradores em face do art. 1.016 do Código Civil (culpa), é necessária, para verificação da culpa, a análise concreta de suas modalidades (imprudência, imperícia, negligência *in vigilando* ou *in eligendo*), além da ocorrência de prejuízos à sociedade ou a terceiros, hipótese em que responderão pessoalmente pelos danos causados.

O Código Civil também estabelece a responsabilidade do administrador que participar da distribuição de lucros ilícitos ou fictícios (art. 1.009, CC), ou quando realizar operações sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a vontade da maioria (art. 1.013, § 2.º, CC).

Responde o administrador, igualmente, sempre que restar comprovada a culpa no desempenho de suas funções (art. 1.016, CC) ou quando se apropriar de bens ou créditos sociais em benefício próprio ou de terceiros, sem o consentimento escrito dos sócios (art. 1.017, CC).

3.7.2.2 Dos sócios antigos

Essa questão, fora situações especiais e que fogem da regra geral, está bem delineada pelo parágrafo único do artigo 1.003 do Código Civil, que dispõe que “até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

Portanto, de imediato chama-se atenção pela importância de se promover, o quanto antes, a averbação da saída do sócio, em caso de cessão de suas cotas sociais, na Junta Comercial do respectivo estado, pois é a partir desse momento que se inicia a contagem do prazo de dois anos referido no aludido dispositivo legal.

Por vezes ocorre de se averbar a cessão das cotas sociais meses após efetivamente realizada, o que pode ensejar discussões e riscos judiciais evitáveis ou ao menos minimizáveis se a averbação ocorrer no momento adequado.

É de se dar especial importância, ainda, à responsabilidade relativa às obrigações trabalhistas. Isso porque, conforme prepondera no âmbito da Justiça do Trabalho, o sócio é solidariamente responsável pelo pagamento das verbas trabalhista, ainda que a sociedade seja do tipo de responsabilidade limitada.

Nessa linha, ganha maior robustez a questão, pois não se trata apenas de averbar a cessão no momento oportuno, mas de se regular de modo eficiente e válido eventual direito de regresso perante a sociedade ou o cessionário, especialmente no que se refere às obrigações ou condenações trabalhistas.

De toda forma, importante ressaltar que mesmo com a responsabilidade estendida, por assim dizer, por mais dois anos a partir da efetiva retirada da sociedade por meio de cessão de cotas, isso por si só não afasta o direito do sócio retirante de participar num eventual processo que venha a lhe ser executado com base nessa responsabilidade estendida.

Essa consideração é feita porque muitas vezes verifica-se que o sócio que se retirou da sociedade é surpreendido com um processo já em fase de execução, o que certamente ofende o direito de defesa e devido processo legal, pois ninguém pode ser submetido a uma decisão proferida em processo do qual não participou.

Como é natural no mundo do Direito, uma questão tem sempre vários aspectos e efeitos a serem analisados, pois nenhuma regra é isolada, mas sim inserida sempre no contexto maior do ordenamento jurídico, daí a importância da análise de cada caso concreto.

3.7.2.3 Dos sócios quotistas e dos atuais

Com a vigência do Código Civil aumentaram as discussões a respeito da responsabilidade do sócio que transfere a sua participação em uma sociedade limitada aos outros sócios ou a terceiros.

Ocorre que o artigo 1.052 do Código Civil é muito claro ao estabelecer a responsabilidade dos sócios de uma sociedade limitada. Segundo esse artigo, "na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social".

Aliás, não poderia ser de outra forma. Na sociedade simples, a responsabilidade dos sócios é ilimitada nos termos do artigo 1.023 do Código Civil, enquanto que na sociedade limitada, como sua própria denominação já estabelece, a responsabilidade dos sócios é limitada.

Concluindo, na sociedade simples, a responsabilidade dos sócios é ilimitada e, quando um sócio deixa a sociedade, transferindo sua participação para um ou mais sócios ou a terceiros, o sócio retirante, pelo prazo de dois anos, permanece responsável pelas obrigações da sociedade existentes quando da sua saída. Por outro lado, a responsabilidade do sócio da sociedade limitada é restrita à integralização do capital e, quando deixa a sociedade, essa responsabilidade é transferida aos adquirentes da sua participação. Sua responsabilidade termina aí, a menos que acordado diferentemente entre cedente e cessionário.

Não deixando de registrar, que essa discussão fica sujeita a não existência de fraude. Em havendo fraude na transferência das quotas de uma sociedade limitada, ou que as quotas sejam transferidas aos chamados "sócios cítricos" para acobertar as fraudes do sócio retirante, o sócio retirante permanecerá responsável pelas obrigações da sociedade da qual se retira, existentes antes e depois da sua retirada.

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JÚRIDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NA REFORMA TRABALHISTA

Este capítulo visa à discussão sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica do Código de Processo Civil e seus reflexos na reforma trabalhista.

4.1 Do Código de Processo Civil

O Art. 855-A da reforma trabalhista menciona que “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.”

Sendo assim se faz necessário adentrarmos nos artigos em questão, fazendo breves apontamentos sobre o incidente.

O incidente da desconsideração, nos termos do artigo 133 do CPC, não se iniciará de ofício, imprescindível o requerimento das partes ou do ministério público. Esse aspecto, que é orientação advinda do artigo 50 do CC, não é absoluto, pois, em demandas trabalhistas e consumeristas, em virtude da hipossuficiência, a desconsideração poderá ser requerida pelo próprio julgador, desde claro, que os pressupostos legais estejam presentes, bem como o descrito na IN 39/2016 ao qual faculta ao juiz na fase de execução agir *ex officio*.

Ponto importante também do CPC é que não há preclusão para o requerimento da desconsideração. O pedido pode ser feito em qualquer etapa do trâmite processual e inclusive no curso de uma execução de títulos extrajudiciais. O tempo certo é a existência da fraude com a pessoa jurídica, que leva ao rompimento da personalidade jurídica, tudo visando satisfazer os direitos do jurisdicionado, pois assim se faz respaldado pelo art. 134 do CPC.

Ao analisarmos o §2 do art. 134 do CPC, é um pouco omissivo, pois determinou a citação dos sócios ou da pessoa jurídica. O mais sensato é a comunicação dos dois. O sócio para apresentar a sua defesa, já que seu patrimônio pode ser violado, bem como a pessoa jurídica, que poderá ser rompida. Imprescindível, assim, com base na jurisprudência do STJ, que sejam citados os sócios e a própria pessoa jurídica.

Quanto ao parágrafo 3 do art.134 encontramos um debate interessante ao qual será visto a diante neste trabalho, mas não podemos esquecer que existe a possibilidade de se utilizar o art. 301 do CPC, ao qual se trata da concessão da tutela de urgência de natureza cautelar.

Ao mencionarmos a questão do § 4 do art. 134 do CPC, se faz necessário a compressão da distinção entre a teoria maior e teoria menor, tendo em vista que, **Teoria Maior**, que condiciona a afetação do patrimônio dos sócios quando houver prática de atos com abuso de poder, com o desvio de finalidade ou confusão patrimonial; e a **Teoria Menor**, em que há a desconsideração da personalidade jurídica pela simples impontualidade ou inadimplemento da obrigação.

Os pressupostos legais sintetizam-se no **abuso de direito/desvio de finalidade da pessoa jurídica e na confusão patrimonial**. Esses aspectos devem ser demonstrados pela parte que pretende a desconsideração, ou seja, essa é a causa de pedir do incidente, que deverá ser apresentado pela parte com indícios ou elementos suficientes que façam com que o juízo de convicção do julgador seja formado para a quebra da personalidade jurídica.

O incidente não pode simplesmente ser vazio, pedindo-se genericamente a desconsideração. A parte deve embasar seu pedido com demonstração dos pressupostos legais, ou seja, em suma que a pessoa jurídica é um escudo para as fraudes.

O intuito da formação de um incidente passou pela necessidade de se efetivar um contraditório prévio sobre o preenchimento ou não dos requisitos plausíveis para a desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando a todos os atores deste incidente processual, o direito a manifestação prévia, a defesa, a produção probatória e uma ausência de possibilidade de decisão surpresa.

Assim como assevera Arruda Alvim:

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica não poderia, à luz da Constituição Federal, ser proferida sem ser antecedida de contraditório amplo, englobando produção de provas, como infelizmente, muito frequentemente se faz hoje em dia (WAMBIER, et al. 2015).

Apresentada a defesa e feita à instrução das provas requeridas e compreendidas como necessárias pelo julgador, será decidido o incidente. Se procedente, os efeitos serão benéficos para o requerente, pois as alienações e

onerações de bens feitas pela pessoa jurídica serão desfeitas, tudo em benefício dos credores. Se o pedido por improcedente, o feito continuará em face da pessoa jurídica.

Essa decisão que julga o incidente, por não encerrar o processo, não tem natureza de sentença, mas apenas de decisão interlocutória, sendo, então, atacada por agravo de instrumento, que é o recurso cabível. Nos tribunais, o recurso cabível será o do agravo interno, conforme os arts. 135 e 136 do CPC preconizam.

Com a desconsideração, os efeitos são importantes, em especial para os sócios, que poderão ter seus bens utilizados para saldar os débitos da pessoa jurídica, conforme art. 790, do CPC, em que o termo inicial para a consideração da fraude será o da data da citação dos sócios, assim como preconiza o art. 792 do CPC.

Porém, cabe ressaltar, que os bens dos sócios somente podem ser responsabilizados com a desconsideração da personalidade jurídica. Sem este incidente processual que é regido pelo devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa, impossível a constrição dos bens dos sócios. Para que haja a responsabilização é indispensável que primeiro ocorra o incidente, sob pena de nulidade de todos os atos praticados, já que haveria violação clara do devido processo legal, firmado pelo art. 795, § 4 do CPC.

4.2 O incidente da desconsideração da personalidade jurídica mediante a reforma trabalhista

4.2.1 Quanto à reforma

Depois de inúmeras investidas utilizando-se de diversos Projetos de lei como o de nº 6.787/2016, conhecido sob a vaga denominação de Reforma Trabalhista, que tinha apenas seis páginas e era pouco abrangente, o mesmo foi substituído pelo Projeto de Lei n. 6.787-B de 2016, contendo cinquenta e quatro páginas. Assim sendo, a reforma da CLT enfim foi aprovada pelas respectivas casas legislativas e sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017 na Lei 13.467/2017.

Esta reforma prevê alterações no direito processual e do trabalho, mas o objeto do presente estudo é o Incidente de Desconsideração da Personalidade

Jurídica a ser disciplinado pelo art. 855-A da CLT (na Seção IV do Capítulo IV do Título X).

4.2.2 Aplicabilidade do incidente da desconsideração dentro da reforma

Consoante o caput da atual reforma o art. 855-A da CLT, que não prevê (nem proíbe) a iniciativa de ofício do juiz do trabalho, aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil — CPC.

Prevê-se que, em razão das peculiaridades recursais trabalhistas, da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: I — na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 da CLT; II — na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente da garantia do juízo; III — cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal (art. 855-A, § 1º). Está previsto também que a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC (art. 855-A, § 2º).

É curial destacar que o art. 6º, caput e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho tem redação análoga à do art. 855-A, mas este não contém a ressalva sobre a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução.

O caput do art. 6º da IN n. 39/2016 assim dispõe:

Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 131 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

Logo, a aplicação gramatical da atual reforma art. 855-A e do art. 6º da IN n. 39/2016 sugere que as disposições contidas nos arts. 133 a 137 do CPC permitem sustentar a aplicação ao processo do trabalho do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos mesmos moldes do processo civil, talvez com reservas em sede de execução.

Segundo a tradicional redação do art. 878 da CLT, a execução fundada em título executivo judicial pode ser promovida por qualquer interessado, ou de ofício pelo próprio Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver julgado originariamente o dissídio, nos termos do art. 877. O poder de promover de ofício a execução implica também o de promover de ofício a liquidação e a desconsideração da personalidade jurídica, sem afastar a legitimidade ativa do credor.

Também pode ser encontrar na nova redação ao art. 878 da CLT, sendo:

“A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Combinando-se os arts. 855-A e 878 da CLT, com as inovações previstas na reforma trabalhista, provavelmente predominará o entendimento de que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica dependerá de pedido expresso da parte interessada, com demonstração do preenchimento dos pressupostos necessários (previstos no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor ou no art. 50 do Código Civil), mas também poderá ser determinada de ofício apenas nos casos em que a execução puder ser realizada desta forma.

4.2.3 A desconsideração dentro do processo trabalhista pós reforma

Depreende-se do disposto nos arts. 133 a 137 do CPC que, inclusive no âmbito do processo trabalhista, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica dependerá de provocação do interessado, mediante demonstração do preenchimento dos requisitos pertinentes, em qualquer fase do processo de conhecimento ou de execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial.

Suscitado o incidente, está prevista a suspensão do processo, salvo quanto à tutela provisória cautelar de que trata o art. 301 do CPC. Esse tratamento é compatível com o processo trabalhista, mas dependendo das peculiaridades de cada caso considera-se que a suspensão processual não deve ser uma regra absoluta, sob pena de contrariar a garantia constitucional da razoável duração do processo e da celeridade.

Instaurado o incidente no âmbito trabalhista, o suscitado deverá ser citado para oferecer defesa em até quinze dias e produzir provas, seguindo-se decisão interlocutória, observando-se o disposto no art. 855-A, § 1º, da CLT quanto aos recursos.

Da decisão interlocutória que acolhe ou rejeita o incidente, na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 da CLT, sem prejuízo de impugnação da matéria no âmbito do recurso interposto contra a sentença, no efeito meramente devolutivo. O agravo de petição ou o agravo interno contra o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica (art. 855-A, § 1º, II e III), deve ser recebido no efeito meramente devolutivo, a exemplo do que ocorre com os recursos trabalhistas, salvo exceções legais, nos termos do art. 899 da CLT.

Existe a alternativa de se pedir a desconsideração da personalidade jurídica na própria petição inicial da reclamação trabalhista, mediante litisconsórcio passivo facultativo e cumulação de pedidos (sem necessidade de instauração do incidente), hipótese em que todos os réus devem ser citados para apresentação de defesa, com relação a quaisquer dos fatos e dos pedidos.

Quando a execução trabalhista pode ser promovida de ofício (art. 878 da CLT), a desconsideração da personalidade jurídica pode ser suscitada mediante provocação do interessado e também de ofício pelo magistrado.

Não está claro se o magistrado precisa ensejar a prévia manifestação do terceiro, nos termos do art. 9º do CPC, ou se pode aplicar de plano a desconsideração quando a determina de ofício, a título de exceções como as previstas no parágrafo único do art. 9º do CPC e de modo a evitar desvios ou atos fraudulentos. Neste caso também seria desnecessária a instauração do incidente, mas não há previsão legal clara sobre isso.

4.2.3.1 O debate quanto à suspensão do processo trabalhista devido ao incidente

Um dos grandes debates acerca do incidente da desconsideração no processo do trabalho está na análise da compatibilidade do § 3º do art. 134 do CPC, o qual estipula a suspensão do processo quando há a arguição do incidente após a formação da relação processual.

A razão para a suspensão do processo no processo civil é a garantia da ampla defesa e do contraditório — art. 5º, LV, da Constituição Federal. Considerando que nas relações civis prevalece a teoria maior da desconsideração, como aduz o art. 50 do Código Civil, a arguição da desconsideração envolve necessariamente alegações pertinentes aos atos fraudulentos e/ou abusivos por parte dos sócios, ex-sócios ou administradores. Inviável seria a manutenção do andamento processual frente às questões que exigem a defesa específica do réu no que tange à existência de fraudes e abusos.

Contudo, como declinado alhures, a teoria aplicada ao processo do trabalho, em regra, é a teoria menor, a qual se refere tão somente à constatação da insolvência. Neste ínterim, questiona-se: haveria ofensa ao contraditório e à ampla defesa na hipótese de prosseguimento do processo frente à arguição pela desconsideração? De outro lado, pergunta-se: a eventual suspensão do processo é compatível com os princípios da celeridade e da concentração dos atos processuais?

Para incrementar as controvérsias acerca do tema, o Colendo TST ao editar a Instrução Normativa n. 39/2016, no art. 6º, § 2º, afirmou que a instauração do incidente deverá suspender o processo.

“A garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista com muita reserva”. Acerca da magnitude do contraditório no processo, Mallet assevera:

Quer dizer, o processo não é apenas forma de solução de conflitos. É forma intrínseca e ontologicamente bilateral de solução de conflitos, com garantia de participação das partes na formação do convencimento do julgador (MALLET, 2014. p. 390).

Como se nota, independentemente da teoria adotada, a maior ou a menor, o incidente de desconsideração no curso do processo repercute de modo significativo, fato que, por certo, deve permitir o direito da parte de se manifestar especificamente sobre tal feito. Impossibilitar, ou mesmo dificultar, o exercício de defesa em nome da celeridade desenha um cenário processual deveras arbitrário, o qual não pode ser admitido à luz do devido processo legal.

Há um aparente conflito no princípio lógico para a análise da suspensão do processo frente ao incidente da desconsideração. De um lado figuram os princípios do processo do trabalho pela celeridade (também abraçado pelo CPC/2015) e da concentração dos atos processuais, os quais tornam inviável a suspensão do processo. De outro enfoque, existe a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, princípios basilares do devido processo legal, os quais tornam certo e infalível, o direito de se manifestar, de produzir provas, de protestar, enfim, de exercer a proteção sobre toda lesão ou possibilidade de lesão que se possa vir a sofrer.

Desse modo, respondendo ao primeiro questionamento retro mencionado, certamente há ofensa à ampla defesa e ao contraditório na hipótese da não suspensão do processo em que se tenha arguido o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Acerca do segundo questionamento, a compatibilidade não deve ser prontamente descartada. Isso pela razão de ser conciliável, em especial o princípio da celeridade, e a suspensão advinda da desconsideração, bastando para tanto, a concessão de prazos equilibrados e razoáveis, os quais permitam o exercício da defesa, mas também possibilitem o retorno do andamento processual de modo exíguo.

Igualmente, considerando o princípio do impulso oficial, cabe ao magistrado medir e equilibrar os prazos de forma a atender o direito ao contraditório e o célere andamento processual. Ademais, conforme destacam Landulfo et al:

Cumpra registrar que este dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da razoável duração do processo, de modo que os atos processuais da ação principal só devem ser suspensos em face dos sócios, não havendo justificativa para se sobrestar a marcha processual em face das partes que não serão diretamente atingidas pela decisão a ser proferida no incidente (LANDULFO; et al. 2016. p . 35-36).

Compreende-se, portanto, que há plena compatibilidade do incidente de desconsideração com os princípios específicos do Processo do Trabalho.

4.3 Da desconsideração da personalidade jurídica inversa do CPC na justiça do trabalho

4.3.1 Conceito da desconsideração inversa

Conforme verificado neste trabalho, o magistrado pode desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica para responsabilizar os sócios e/ou administradores pelos atos praticados com abuso de direito ou fraude, para se evitar a viabilização de ilícitos cometidos sob a capa da pessoa jurídica.

Ocorre que a desconsideração da personalidade jurídica comporta outra faceta, que é a sua aplicação ao inverso, prevista no §2, do Art. 133 do CPC, ou seja, afasta-se a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para que essa seja responsabilizada por obrigação pessoal do sócio.

Conceitua Madaleno que a desconsideração inversa é uma:

...técnica jurídica de responsabilizar a sociedade empresária por ato abusivo de seus sócios ou administradores é chamada de desconsideração inversa, só se legitimando quando a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio, entre tantas outras previsíveis situações de fraude a direitos e obrigações de ordem civil e especialmente familiar (MADALENO, 2009, p. 79-80).

Na desconsideração da pessoa jurídica aplicam-se as hipóteses em que se pretende responsabilizar pessoalmente os sócios por atos praticados em nome da sociedade, já na denominada “desconsideração inversa”, ocorre o contrário, se busca atingir o ente coletivo, onerando o seu patrimônio por dívidas pessoais dos seus sócios e/ou administradores.

Então, pode-se definir a teoria da desconsideração inversa como o instrumento jurídico utilizado para responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação/dívida pessoal gerada pelo sócio, visando coibir fraudes perpetradas através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

4.3.2 Quanto a sua aplicabilidade

Vislumbra-se assim, que da mesma forma que uma sociedade empresária pode desviar de forma fraudulenta seu patrimônio para os sócios, esses também podem de maneira irregular, se aproveitar da blindagem da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e transferir bens pessoais para esta, com o intuito de esquivar-se da responsabilização de suas obrigações.

E é nesse sentido, que a desconsideração inversa passou a existir no universo jurídico, para inibir o desvio de bens pessoais dos sócios e/ou administradores para a pessoa jurídica com o intuito de fraudar obrigações perante credores e terceiros, pois o sócio “protege” seus bens particulares, tornando-se intencionalmente insolvente.

Mas, é importante destacar, que a simples transferência de bens pessoais dos sócios para a pessoa jurídica, por si só, não configura ato ilícito, pois o ordenamento jurídico permite a alienação de bens entre sócio e sociedade, a irregularidade está quando isso ocorre de forma fraudulenta com o intuito de acarretar prejuízo aos credores e terceiros.

Gagliano e Pamplona Filho (2010) mencionam que a desconsideração inversa não é presumível, devendo ser comprovada a fraude, o abuso de direito ou de desvio de finalidade, e a confusão patrimonial, portanto, nota-se que são os mesmos requisitos previstos para a desconsideração “direta”, estabelecidos no artigo 50 do Código Civil.

Tal entendimento, também se faz presente nas jurisprudências da Justiça Comum, aonde vêm aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa mediante a prova do abuso de direito ou confusão patrimonial, agindo-se com mais cautela, e quando devidamente demonstrado o prejuízo do credor ou terceiro. E é produzida principalmente no Direito de Família e Sucessões, onde constatado nos casos específicos, a confusão patrimonial existente entre os bens pessoais do devedor de pensão alimentícia (sócio) e da sua empresa (pessoa jurídica), causando prejuízos ao credor (alimentado).

Desta feita, nota-se que as duas formas de desconsideração da personalidade jurídica, tanto a direta quanto a inversa, exigem-se em âmbito do Judiciário Comum a demonstração da fraude no abuso da personalidade jurídica, com desvio de

finalidade ou confusão patrimonial, sendo relativizada somente nas matérias do Direito do Consumidor e Direito Ambiental Revista Direito em Ação. Já na Justiça do Trabalho, a desconsideração é determinada pelo magistrado pela simples ocorrência da inadimplência dos créditos trabalhistas, na insolvência da Reclamada, não exigindo a prova inequívoca da fraude, no abuso de direito.

Da mesma forma, se a execução ocorrer em face do executado, pessoa física, por exemplo, citam-se os empregadores domésticos, a mera insuficiência de bens dá ensejo à aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, direcionando a execução contra a sociedade empresária de que ele participa.

Destaca que, como visto na transposição do artigo 133 do Código de Processo Civil, a desconsideração inversa trata-se de um incidente processual requerido pela parte ou pelo Ministério Público, quando couber intervir no feito, e o artigo 134 diz que é “cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, portanto, inexigível ação própria, o que comprometeria a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.

Mas, o Código de Processo Civil, no parágrafo segundo do mencionado artigo 134, prevê também a possibilidade da desconsideração inversa ser pleiteada em petição inicial, devendo ocorrer à citação, e tal pleito exordial dispensará o incidente.

Conforme o artigo 135, mesmo ocorrendo à desconsideração inversa através de incidente processual, deverá também ocorrer à citação do sócio ou da pessoa jurídica para que se manifestem sobre a desconsideração inversa e requeiram provas, no prazo de 15 (quinze) dias, portanto, ante essa nova previsão legal, não é mais cabível a alegação de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No que tange a atuação de ofício do juiz do trabalho na aplicação da teoria da desconsideração inversa, existe divergência entre os autores, Waki (2015) diz que “é mais do que recomendável que, apesar de deter a faculdade, de impulsionar a execução, o juiz do trabalho se abstenha de promover de ofício”, devendo o exequente formular o pleito, conforme previsto no mencionado artigo 133 do CPC, que atribui legitimidade tão somente à parte e ao Ministério Público.

Então, indaga-se, apesar da taxativação de tais legitimidades no CPC, que é o ordenamento que prevê a desconsideração inversa no universo jurídico brasileiro, não se devem adaptar tal norma ao ordenamento jurídico laboral, o qual autoriza a atuação de ofício do magistrado, ainda mais, como visto nesse trabalho, já é admitido na jurisprudência e doutrina a Revista Direito em Ação, Brasília, na desconsideração direta, assim, não seria um contra senso atuar em uma situação e na outra não, se a essência é a mesma.

Assim, ante tais indagações, veremos quais são os entendimentos das Cortes Trabalhistas.

4.3.3 Entendimento jurisprudencial

A priori, destaca jurisprudência da Corte Regional, que firmou entendimento de ser aplicável no processo do trabalho a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, *verbis*:

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Aplica-se ao processo do trabalho a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, segundo a qual é possível o excepcional afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade empresarial por dívida de sócio, a fim de impedir que o desvio fraudulento de bens pessoais do sócio para a sociedade empresária frustrasse a execução. (TRT-3 - AP: 03195201203003007 0003195-74.2012.5.03.0030, Relator: Sercio da Silva Peçanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 09/05/2014 08/05/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 184. Boletim: Não.). (BRASIL. 2014).

Destaca mais jurisprudências nesse sentido:

AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Constatado pelo magistrado o intuito protelatório do Executado, é aplicável ao processo do trabalho o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim de se conferir maior efetividade às execuções trabalhistas. (TRT-5 - AP: 00019450620135050421 BA 0001945-06.2013.5.05.0421, Relator: DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA. Data de Publicação: DJ 12/12/2014.). (BRASIL, 2014).

Dessa forma, pacífico a aplicação da teoria da desconsideração inversa na Justiça do Trabalho, mas ressalta-se que se deve observar a ordem, devendo

primeiramente responder o devedor principal e somente após a comprovação nos autos de total frustração de constrição dos seus bens, que é lícito a aplicação da teoria.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao julgar agravo de petição, recurso cabível contra decisões do juiz do trabalho na execução, entendeu ser aplicável a teoria da desconsideração inversa dos executados, para incluir na relação jurídica, outras empresas das quais os sócios também são sócios.

EXECUÇÃO. "DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA". O exame da situação fática leva à conclusão de que é cabível a "desconsideração inversa da personalidade jurídica" dos executados, de forma que foi regular a inclusão no polo passivo do feito das empresas das quais os sócios da executada também são sócios. (TRT-2 - AP: 01144009619995020061 SP 01144009619995020061 A20, Relator: JOSÉ RUFFOLO, Data de Julgamento: 07/04/2015, 5ª TURMA, Data de Publicação: 10 de abril de 2015).

Vislumbra-se dessas últimas jurisprudências, uma 'ampliação' da desconsideração inversa em âmbito laboral, onde o magistrado, não só desconsiderou a pessoa jurídica para Revista Direito em Ação, Brasília, v. 15, n. 2, p. 64-89, jul./dez. 2015. 92 incluir o sócio, mas incluiu outra pessoa jurídica estranha à lide, mas que possui no seu quadro societário o mesmo sócio, ora executado.

O TRT da 10ª Região ao julgar agravo de petição decidiu não ser obrigatório o chamamento de todos os possíveis sócios da executada na relação jurídica processual:

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. As situações ensejadoras de desconsideração, inversa ou clássica, da personalidade jurídica das sociedades, pelo caráter de promiscuidade patrimonial, dispensam o chamamento profilático de todos os possíveis responsáveis (sócios, ex-sócios, sociedades de tais sócios, sucessores, sócios de fato, "laranjas" e empresas de um mesmo grupo econômico). Daí o acerto do cancelamento da Súmula 205/TST, que frustrava as perspectivas de uma execução realmente eficaz. (TRT-10 - AP: 00706200800210005 DF 00706- 2008-002-10-00-5 AP, Relator: Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior. Data de Julgamento: 28/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 06/06/2014 no DEJT). (BRASIL.2014).

Por fim, diante de todo estudo, e das jurisprudências regionais, conclui-se que a desconsideração inversa da personalidade jurídica, e também a direta, são

aplicáveis na Justiça do Trabalho, pois asseguram uma tutela executiva efetiva, com a concretização dos direitos fundamentais à razoável duração do processo e à tutela jurisdicional efetiva na entrega do direito, servindo a Justiça do Trabalho como guardião dos direitos sociais fundamentais à dignidade humana do trabalhador.

CONCLUSÃO

Todos os ordenamentos, sem exceções preveem a possibilidade do exercício de ações de responsabilidade civil contra os administradores de sociedades, acentuando que nos ordenamentos que não a deferem ao sócio singular exercê-la em nome e por conta da sociedade. Estão previstos, em contrapartida, mecanismos de proteção dos sócios minoritários, para que possam obrigar a sociedade a exercer as ações de responsabilidade.

Quanto às ações individuais de responsabilidade, afiguram-se, no qual seria totalmente dispensável a sua contemplação na lei, como fazem algumas legislações, sendo inegável a possibilidade do terceiro lesado, por ato praticado pelo administrador, aparelhar o remédio jurídico adequado de responsabilização com fundamento no direito comum.

A análise, ainda que breve, das formas organizativas no direito romano, permitiu vislumbrar a estrutura corporativa que deu origem às modernas sociedades de capitais caracterizadas pela absoluta autonomia patrimonial e conseqüente delimitação da responsabilidade dos sócios. Essa estrutura corporativa é encontrada na sociedade limitada.

Pode-se também constatar as dificuldades no tocante a caracterização da conduta negligente do administrador em face aos parâmetros muito subjetivos previstos na legislação, e ainda, em face ao regime de responsabilidade solidária a que se submetem os administradores, onerando o lesado a provar a culpa do administrador faltoso.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, com fundamento teórico no abuso de direito ou numa formulação, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica societária, com base e fundamento num abuso do instituto, não poderia justificar-se a si mesma se na concepção do Direito em geral e depois do próprio instituto da pessoa jurídica; não se entendesse aquele como Ordem Funcional e, na seara dos direitos subjetivos não fossem estes vistos com fronteiras de ordem teleológicas apontadas a um fim, com limites objetivos, de ordem legal,

mas, em si mesmo, trazendo imanente que o direito ou os direitos tão só se justificam enquanto seu titular os exercita, ou objetiva na realização de fins que o legislador valorou e previu.

A relativização dos direitos por um lado e a busca da verdade, por outro, levam a lançar com fundamento genérico da desconsideração um “abuso do direito”. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica objetiva, precisamente, obviar abusos e fraudes perpetrados com a utilização do instituto ou figura coletiva.

O Estado atribui a determinados entes coletivos personalidade jurídica, impondo-lhes obrigações e conferindo-lhes direitos, entre os quais a autonomia patrimonial com relação aos seus membros, com a finalidade de alcançar progresso cultural e econômico, limitados aqueles direitos pelos arts. 5º, XXIII e 170, III e V, da Constituição Federal.

A personalidade jurídica se expressa como modalidade especial de exercício do direito de propriedade, devendo, portanto, cumprir função social. Nas sociedades comerciais, como as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, fica autorizada a propositura da ação contra os sócios, bem como a execução de seus patrimônios.

A *disregard doctrine* implica em que a personalidade jurídica seja afastada apenas até a satisfação do direito do credor, devendo ser considerada válida para todas as demais atividades. O pressuposto para que seja autorizada a desconsideração da personalidade jurídica é o prejuízo do credor, no caso, o empregado.

Os requisitos são abuso de direito, ou excesso de poder, ou infração da lei, ou fato, ou ato ilícito, ou violação dos estatutos, ou contrato social, ou, ainda, em caso de falência, estado de insolvência ou encerramento, ou inatividade da pessoa jurídica, a má administração. Sendo assim, será sempre necessário ficar demonstrado o prejuízo do credor, concorrendo com alguns dos referidos requisitos.

Os princípios protetores do direito do trabalho elevam o direito ao seu estágio mais alto e evitam que as ideias fiquem engessadas ao texto de lei, e se voltam na busca da perfeição, modelada ao comportamento do *bonus pater familias*. Identificam-se com a prática da virtude no mundo do direito - inspirando a aplicação de normas e o cumprimento delas numa orientação serena do que é melhor,

rendendo os ânimos para que haja colaboração, respeito mútuo, e os princípios, assim compreendidos, e praticados por força de convencimento.

Não bastam as leis, não bastam às necessidades, não basta à força, não basta à autoridade do empregador, se os homens não estiverem imbuídos dos princípios - a sociedade estará em estado de eterno pé de guerra. O princípio que torna certas ações em dever é uma lei prática.

Independentemente de violação à lei ou contrato, o preceito fundamental do Direito do Trabalho é, inequivocamente, a proteção do trabalhador.

O Direito do Trabalho busca essa proteção. Por outro lado, a própria legislação laboral afasta do empregado, os riscos da atividade econômica, atribuindo-os unicamente ao empregador (artigo 2º, da CLT). O empregador, portanto, deve arcar com os lucros e perdas do empreendimento. Na inexistência de bens da sociedade, a execução se processará sobre os bens particulares dos respectivos sócios.

A execução forçada, no caso a execução trabalhista, é o processo mediante o qual o Estado, via órgão jurisdicional competente, baseando-se em título judicial ou extrajudicial e fazendo uso de medidas coativas, torna efetiva e realiza a sanção, visando alcançar contra a vontade do executado, a satisfação do direito do credor.

Uma das principais preocupações do legislador trabalhista é proteger o empregado relativamente ao respeito, pelo empregador, no cumprimento das obrigações contratuais.

A visão da lei, da doutrina e também da jurisprudência, é voltada à perspectiva de proteção ao trabalhador. Alcança inclusive o que se denominou de normas de proteção ao salário e que se consubstanciam no conjunto de medidas voltadas a assegurar o efetivo recebimento da remuneração, pelo empregado, contra as investidas de seus credores, dos empregadores e dos credores deste.

Assim considerando, quer se trate de qualquer espécie societária, ainda que inteiramente integralizado o capital social, na inexistência de bens desta, a execução se processará sobre os bens particulares dos respectivos sócios. Estes executados, por sua vez, podem utilizar-se do benefício pessoal da execução, indicando bens da sociedade livres e desembargados, situados na mesma Comarca, a teor do que dispõe o artigo 795, § 2º, do Código de Processo Civil.

Não se olvide a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), invocada com grande frequência nos tribunais do trabalho, ampliando, sensivelmente, as hipóteses de execução dos bens particulares dos sócios, independentemente da espécie societária. E com o disposto do CPC trouxe de maneira expressa a desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 133 § 2º do CPC), que anteriormente era aplicada com fundamento na interpretação do art. 50 do Código Civil de 2002, ante a omissão legislativa.

Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica afasta-se a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para que essa seja responsabilizada por obrigação pessoal do sócio, ou seja, pode-se utilizar do incidente para responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação pessoal gerada pelo sócio, visando coibir fraudes perpetradas através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

E com o advento da Lei 13.467/2017, combinando-se os arts. 855-A e 878 da CLT com as inovações previstas na reforma trabalhista, provavelmente predominará o entendimento de que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC), como também a desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 133 § 2.º do CPC), que dependerá de pedido expresso da parte interessada, com demonstração do preenchimento dos pressupostos necessários (previstos no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor ou no art. 50 do Código Civil e art. 133 do CPC), mas também poderá ser determinada de ofício apenas nos casos em que a execução puder ser realizada de ofício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAÃO, N. **Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Saraiva, 1988.

AMARO, L. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, nº 5, p. 168-182, jan-mar/93.

ARAUJO, F.R. de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **A desconsideração inversa da personalidade jurídica**. 2014. Disponível em www.trt10.jus.br. Acesso em 27/10/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Execução. Desconsideração inversa da personalidade jurídica**. 2014. Disponível em www.trt5.jus.br. Acesso em 27/10/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Execução. Desconsideração inversa da personalidade jurídica**. 2014. Disponível em www.trt3.jus.br. Acesso em 25/10/2015.

BRASIL. **Portal do Empreendedor MEI**. 2017. Disponível em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/empresario-individual>. Acesso em 06/09/2017.

CALDEIRA, R.L. Do incidente da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho em face da edição do Novo Código de Processo Civil. **Revista Migalhas**. 24 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239678,21048-Do+incidente+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+na+Justica>. Acesso em 02/09/2017.

CESARINO JÚNIOR, A.F. **Direito Social**. São Paulo: LTr. 1980.

DELGADO, M.G. **Introdução ao direito do trabalho**: relações de trabalho, relações de emprego. 3ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2001.

DINIZ, M.H. **Código Civil Anotado**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

FARACO, M. A desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho e sua fundamentação. Análise quanto à aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito trabalhista e os fundamentos que devem ser apresentados para tanto. **Jusbrasil**. 2014.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. **Direito Civil**: teoria geral. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

FERREIRA, W. **Instituições de Direito Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. v. 1: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUITTON, H. **Economia Política**. Oscar Dias Corrêa (trad.). 2.vol. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

JORGE NETO, F.F. Desconsideração da personalidade jurídica no NCPD e o Processo do Trabalho. **Jornal Carta Forense**. 02 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ncpc-e-o-processo--do-trabalho/15403>. Acesso em 05/09/2017.

JUNIOR, J.C.R. O que é Empresário Individual? **Revista Conube**. 2016. Disponível em: <https://conube.com.br/blog/o-que-e-empresario-individual/> Acesso em 05/09/2017.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo: São Paulo, v. 87, p. 79-90, jan. 1992. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>. Acesso em: 06/09/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v87i0p79-90>.

JUSTEN FILHO, M. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1987.

KONDER, F.C. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LANDULFO, L.M.J.; et al. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no âmbito da processualística do trabalho: uma breve incursão a respeito das teorias subjetiva e objetiva. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 171, p. 35-56, set./out. 2016, DTR, 2016.

LEÃES, L.G.P.B. Responsabilidade dos Administradores das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. **Revista do Direito Mercantil**, n.25, 1977.

LIMA, F.M.M. de. **Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

LUCENA, J.W.; TEIXEIRA, E.L. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MADALENO, R. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito de sucessões**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAGANO, O.B. **Manual de Direito do Trabalho - Direito Individual do Trabalho**. vol.II, São Paulo: LTr, 1981.

MALLET, E. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 109, p. 390, jan./dez. 2014.

MARQUES, C. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, S.P. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, F.A. **Comentários aos Enunciados do TST**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PACHECO, J.S. **Dicionário Enciclopédia do Direito Brasileiro**. v.21, Rio de Janeiro: Borsoi. 2014.

PEIXOTO, C.E.C. **A Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 2 ed., v.1, São Paulo: Forense, 1958.

PERÉZ, J.G. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986.

PINTO, J.A.R. **Execução Trabalhista**. 8 ed., São Paulo: LTr, 1998.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, R. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1969.

RODRIGUES, A.P. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. de Wagner D. Giglio, São Paulo: LTr, 1993.

SERICK, R. **Forme e Realtà della Persona Giuridica**. Tradução de Marco Vitale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966. Título original: *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*.

SZTAIN, R. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito do Consumidor. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, Vol. 2. 2011.

TEIXEIRA, J.R.F. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

VERGARA, S.C. **Metodologia científica**: métodos de pesquisa. 2005. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9858/9858_4.PDF. Acesso em: 02/10/2016.

WAMBIER, T.A.A. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT. 2015.

WAKI, K.S. **O incidente da desconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho**. Direito e outros temas. 2015. Disponível em: <https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2015/06/01/aspectos-do-novo-cpc-iii-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-processo-do-trabalho/> Acesso em 07/09/2017.