

A RESPONSABILIDADE CONJUNTA DO DEVEDOR TRABALHISTA NA FALÊNCIA*

ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz
Faculdade Santa Lúcia
helcio.prof@santalucia.br

CERRUTI, Marina Paula Godoy Ajub
Faculdade Santa Lúcia
gustavoemarina@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo o estudo da responsabilidade conjunta no Direito do Trabalho, especialmente no tocante à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados em caso de falência ou recuperação judicial do prestador de serviços, devedor principal. O Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho nº 01/2012 dispõe que, no caso de execução de crédito trabalhista em face de empresa falida ou em recuperação judicial, caberá aos juízes das Varas do Trabalho determinar que os credores providenciem a habilitação de seus créditos perante o juízo universal da falência, expedindo, para tanto, a respectiva certidão. Verifica-se, entretanto, que esse procedimento é ditado pelo Tribunal Superior do Trabalho para os casos de figuração exclusiva da empregadora no polo passivo. Se há devedor solidário ou subsidiário, o procedimento em questão não atenderá aos interesses do credor trabalhista e frustrará as execuções. A proposta é examinar esta problemática, diante do fato de que algumas decisões judiciais têm exigido que o credor trabalhista busque exaurir todas as possibilidades de

*Este artigo é parte integrante de Trabalho de Conclusão de Curso defendido em dezembro de 2014, pela discente Marina Paula Godoy Ajub Cerruti, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia e foi elaborado sob orientação de Prof. Dr. Hécio Luiz Adorno.

executar o devedor principal, inclusive quando há falência da empresa, para, somente então, iniciar a execução contra o devedor subsidiário. Este posicionamento tem frustrado a execução do crédito trabalhista, na maioria das vezes, necessitando ser revisto, como se demonstrará neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: *Terceirização. Responsabilidade Conjunta; Falência; Recuperação Judicial.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo da responsabilidade conjunta no Direito do Trabalho, especialmente quanto à responsabilidade solidária ou subsidiária do tomador de serviços terceirizados.

A terceirização de serviços está ligada à teoria da flexibilização do Direito do Trabalho. A globalização provocou, na classe empresarial, a necessidade de dinamizar seus mecanismos de produção, para se buscar maior quantidade, em menor tempo e com mais qualidade nos produtos e serviços. Como as relações de trabalho são um dos fatores da produção, procurou-se, com a terceirização de serviços, quebrar a rigidez da legislação trabalhista. Assim, grande parte das empresas valem-se desta prática não somente com o propósito de realização mais eficiente de atividades especializadas, mas também para desonerar seu gerenciamento.

As discussões jurídicas decorrentes da terceirização de serviços nas relações jurídicas brasileiras foram pacificadas pelo Tribunal Superior do Trabalho com a edição da Súmula 331. Referida súmula, em seu inciso IV, estabeleceu a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços nos contratos de prestação de serviços, exceto quanto aos órgãos públicos, ressalva feita no inciso V.

O Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho nº 01/2012 dispõe que, em casos de execução de crédito trabalhista em face de empresa falida ou em recuperação judicial, caberá aos juízes das Varas do Trabalho determinar que os credores providenciem a habilitação de seus créditos perante o Juízo Universal da Falência, expedindo-se, para tanto, a respectiva certidão. Essa diretriz merece ser adotada apenas se a empregadora falida for a única empresa no polo passivo da execução trabalhista. Caso existam empresas tomadoras de serviços como devedoras subsidiárias nessas ações, esse procedimento não atenderá aos interesses do credor trabalhista

e frustrará as execuções de seu crédito, de natureza alimentar.

O presente trabalho propõe-se a examinar esta problemática. Algumas decisões judiciais têm exigido que o credor trabalhista busque exaurir todas as possibilidades de executar o devedor principal, inclusive quando há falência da empresa, como condição para iniciar a execução contra o devedor subsidiário. Na maioria das vezes, este posicionamento tem frustrado a execução do crédito trabalhista, necessitando ser revisto.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

O vocábulo responsabilidade é oriundo do verbo latino *respondere* e designa o fato de alguém ter se constituído como garantidor do cumprimento de uma obrigação. Esse termo vem do latim *spondeo*, segundo o qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. A conceituação da responsabilidade civil é tarefa árdua para a doutrina. Destaca-se como aspecto da realidade social, exprimindo a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação e de reparação de dano. Segundo Gonçalves (2013, p. 19):

[...] Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. [...]

No mesmo sentido, Diniz entende (2005, p. 40) que:

[...] A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. [...]

Venoza (2005, p. 13) aborda o tema da seguinte forma:

[...] O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. [...]

No início das civilizações, predominava a prática da vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um dos seus integrantes. Gonçalves (2013, p. 24) ensina que:

[...] Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda o direito. Dominava-se, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. [...]

A reparabilidade do dano sucedeu ao período da Lei de Talião, do olho por olho, dente por dente, quando a vítima passou a ser compensada economicamente pelo prejuízo sofrido, mas ainda não se exigia a caracterização da culpa de seu autor. Segundo Diniz (2005, p. 11):

[...] A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. [...]

A evolução do instituto da responsabilidade civil levou à criação de teoria geral fundada no conceito de culpa. Segundo essa teoria clássica, a responsabilidade civil baseia-se em três pressupostos: dano, culpa do autor e nexos causal entre o fato culposo e o mesmo dano. Desta forma, passou-se a relacionar o dano à conduta culposa do agente, estabelecendo-se, assim, as bases da teoria da responsabilidade extracontratual, por meio da criação de uma forma de indenização pecuniária pelo prejuízo sofrido, com base na fixação de um valor para o ressarcimento. Em um segundo momento, a composição econômica deixou de ser voluntária, para se tornar obrigatória, e foi vedado à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. O Estado passou a intervir nos conflitos de natureza privada, estabelecendo o valor do prejuízo e impondo a renúncia à vingança (GONÇALVES, 2013).

A difusão dos estudos sobre o tema ocorreu no período da Primeira Guerra Mundial. O surto industrial e o conseqüente aumento do uso de máquinas na produção acabaram por provocar maior número de acidentes. Esses fatos ocasionaram o surgimento de novas teorias sobre a responsabilidade

civil, que visavam propiciar maior proteção às vítimas. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa. Passou a ser buscado, também, no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos. Surgiram, assim, as responsabilidades decorrentes do risco proveito, do risco criado, do risco profissional, dos riscos da empresa e de se recorrer à mão de obra alheia, entre outras. Aquele que cria os riscos deve responder pelos eventuais danos, de forma objetiva, segundo essa teoria (GONÇALVES, 2013).

As espécies de responsabilidade abrangem diferentes ramos do Direito, atingindo a vida social dos indivíduos, o que mostra sua amplitude. Como fenômeno social, é a consequência jurídica sobre o patrimônio do devedor, em decorrência do descumprimento da relação obrigacional. Na parte geral do Código Civil, os artigos 186 a 188 tratam da responsabilidade aquiliana e de suas excludentes. É a responsabilidade objetiva extracontratual, decorrente da inobservância de norma jurídica por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Já na parte especial do mesmo diploma legal, foi estabelecida a regra da responsabilidade contratual, no artigo 389 e em dois capítulos dedicados à obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2013).

No Direito do Trabalho, existe a tendência de se alargar o campo da legitimidade passiva para se responder pelo crédito trabalhista. Busca-se abranger outras pessoas, naturais ou jurídicas, para que os direitos trabalhistas sejam efetivamente resguardados (MARTINS, 2012b).

3. MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE GARANTIA

O conceito de responsabilidade vem do Direito Civil, sendo necessária breve incursão nesse campo do Direito para se estudar o significado dos termos responsabilidade solidária e subsidiária. Buscam-se subsídios em outros diplomas legais para a solução de questões trabalhistas, quando há compatibilidade com as regras consolidadas e se não houver infringência de princípios próprios, conforme dispõem os artigos 8º, parágrafo único, e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho (MARTINS, 2012b).

A responsabilidade é classificada em espécies, dependendo da origem do dever e do elemento subjetivo da conduta do agente. Pode ser civil ou penal, contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, entre outras classificações. A responsabilidade do tomador de serviços na contratação de terceiros pode ser solidária ou subsidiária. Quanto à primeira delas, o

Código Civil, em seu artigo 264, dispõe que há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda. Pelas lições de Gonçalves (2011, p. 129):

[...] Caracteriza-se a obrigação solidária pela multiplicidade de credores e/ou de devedores, tendo cada credor direito à totalidade da prestação, como se fosse credor único, ou estando cada devedor obrigado pela dívida toda, como se fosse o único devedor.[...]

O artigo 265 do Código Civil prescreve que a solidariedade é decorrente de lei ou da vontade das partes. Portanto, não se pode presumir a responsabilidade solidária, sendo necessária sua expressa previsão legal. Na esfera trabalhista, dificilmente a solidariedade decorre do contrato, até porque o tomador de serviços não quer responder pela dívida do prestador de serviços. O que se constata, frequentemente, é o uso da terceirização com a finalidade de se eximir empresas tomadoras de serviços de suas obrigações trabalhistas e fiscais. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 455, traz exemplo de responsabilização solidária.¹ Cabe a analogia entre a solidariedade e o aval, pois ambos são importantes ferramentas jurídicas para a tutela do crédito. O aval é obrigação de garantia, que propicia maior segurança ao credor, reduzindo riscos, mesmo nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior, as quais, em outros casos, seriam consideradas excludentes de responsabilidade.

A responsabilidade subsidiária, por outro lado, difere da solidária. A palavra subsidiária vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário. Não tem expressa previsão legal, resultando da jurisprudências dos Tribunais. Caso haja inadimplemento da dívida pelo devedor principal, o responsável secundário ou subsidiário deverá pagá-la se aquele não tiver patrimônio (GONÇALVES, 2011). Para Martins (2012a, p. 137):

[...] Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço ou em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de

¹ Artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho: Nos contratos de subempreitada, responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços). [...]

A posição do responsável subsidiário é da mesma natureza jurídica do fiador frente à dívida afiançada, se não houver renúncia ao benefício de ordem pois, caso contrário, a responsabilidade será solidária. A responsabilidade subsidiária não tem seu fundamento na fiança, mas seus efeitos são próximos, sendo possível recorrer às suas regras, devido à falta de normas trabalhistas específicas para a matéria (GONÇALVES, 2011).

A responsabilidade subsidiária não está ligada à ilicitude da terceirização. Basta o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador para que o tomador de serviços seja responsabilizado por seu cumprimento, ainda que não haja subordinação, personalidade ou ilicitude em geral. No entanto, a responsabilidade subsidiária deve ser declarada na fase de conhecimento do processo do trabalho, para que o devedor conste expressamente da sentença condenatória, que servirá, posteriormente, como título executivo. Assim, para a eficácia da cobrança dos direitos trabalhistas em face da empresa tomadora de serviços, é necessária sua inclusão no polo passivo da ação, como garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Algumas decisões judiciais têm exigido que o credor busque exaurir todas as possibilidades de satisfação do crédito trabalhista em face do devedor principal, mesmo quando há decretação de sua falência, para a execução do devedor subsidiário. Com essa exigência, a responsabilidade subsidiária fica sem efetividade, perdendo o sentido de garantia da dívida (SILVA, 2011).

4. A RESPONSABILIDADE DE GARANTIA NO DIREITO DO TRABALHO

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados baseia-se no fato de que é beneficiado pela prestação dos serviços do trabalhador. Leva-se em consideração o princípio da proteção do trabalhador e a teoria do risco da atividade empresarial. Assim, é importante contratar empresas prestadoras de serviços idôneas, para se evitar condenação subsidiária em decorrência do inadimplemento de suas obrigações, baseada na culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Pelas lições de Gonçalves (2013, p. 326):

[...] A culpa *in eligendo* é a que decorre da má escolha do representante ou preposto. *In vigilando* é a que resulta da ausência de fiscalização sobre pessoa que se encontra sob responsabilidade ou guarda do agente.[...]

Mesmo diante da ausência de norma trabalhista específica quanto à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, é certo que os contratos de natureza civil também devem ser norteados por princípios como o da função social do contrato e pelos preceitos dos artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 186 e 927 do Código Civil.

É comumente aplicada na terceirização de serviços, que é a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços, também chamada de subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização e parceria. Com a incessante busca de especialização em todas as áreas, a terceirização surge como opção, por gerar novas empresas e novos empregos, visando o aprimoramento das atividades exercidas. Assim, delega-se a terceiros a execução das atividades-meio, em que as empresas tomadoras de serviços não se especializaram (MARTINS, 2012a).

A terceirização surgiu como alternativa para enfrentar o desemprego na sociedade. O país, para enfrentar crise econômica, procura diminuir gastos, principalmente com mão de obra. As empresas de limpeza, de conservação e de segurança bancária são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde a década de 1960. Pouco depois surgiu a primeira norma sobre terceirização no Brasil: a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Regulou o trabalho temporário, até então sem normatização, porém frequentemente utilizado pelas empresas. Foi criada sem a pretensão de fazer concorrência com o emprego padrão, mesmo porque alguns trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente. Era o caso dos estudantes, dos jovens em idade de prestação de serviço militar e das donas de casa, pois não tinham tempo para integral dedicação ao trabalho, assim como dos aposentados e daqueles que ainda não tinham escolhido a profissão (MARTINS, 2012a).

Não pode ser utilizada a terceirização como meio de fraude dos direitos trabalhistas, de rebaixamento do padrão salarial e de benefícios do trabalhador e de inobservância das normas de segurança do trabalho. Em muitos casos, a terceirização visa, irregularmente, a transferência de passivos trabalhistas, quando não a transferência de riscos do negócio ao terceiro e aos seus contratados. Baixos índices de produtividade e elevada rotatividade de mão de obra, predominantemente desqualificada, são práticas comuns na terceirização (SILVA, 2011).

A terceirização cresceu na década de 1980. Mas o trabalho temporário já representava espécie de terceirização e foi regulado pela Lei nº 6.019/74, para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal

regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora de serviços é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens e por seus créditos trabalhistas (artigo 16 da Lei nº 6.019/74). Já os contratos de empreitada e de subempreitada são regulados pelo Código Civil, nos artigos 610 a 626. Para Martins (2012a, p. 43):

[...] Empreitada é o contrato em que uma das partes (empreiteiro) obriga-se a realizar trabalho a outra (dono da obra), sem subordinação, com ou sem fornecimento de material, mediante pagamento de remuneração global ou proporcional ao serviço feito.[...]

A empreitada pode ser de labor ou mista e é utilizada com frequência na construção civil. Na empreitada de labor, há somente o fornecimento de trabalho, enquanto na mista também ocorre a entrega do material a ser utilizado na obra. O empreiteiro não se confunde com o empregado, uma vez que labora sem subordinação jurídica, assumindo pessoalmente os riscos de sua atividade, portanto sem os requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Na empreitada, o que se contrata é o resultado, ou seja, a obra, e não a atividade.

Em caso de subempreitada, a empreiteira principal responderá pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo subempreiteiro, conforme preceitua o artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho. O parágrafo único, do artigo acima citado, assegura ao empreiteiro principal o direito de ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a ele devidas, para a garantia das obrigações previstas no mesmo artigo, nos termos da lei civil. Buscou-se possibilitar a responsabilização do empreiteiro pelos débitos trabalhistas contraídos pelo subempreiteiro que contratou. Todavia, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da classificação da responsabilidade do empreiteiro principal em relação aos débitos trabalhistas do subempreiteiro, se solidária ou subsidiária (MARTINS, 2012b).

Em suma, para os casos de trabalho temporário e de empreitada (ou de subempreitada) existem preceitos legais específicos sobre a responsabilização dos tomadores de serviços, o que não ocorre na terceirização padrão. Assim, coube à jurisprudência estabelecer os parâmetros para a solução dos litígios decorrentes dessas relações jurídicas, o que foi feito pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que foi aprovada pela Resolução

Administrativa nº 23/93². Optou-se pela responsabilização subsidiária e não solidária das empresas tomadoras de serviços, salvo em casos de fraudes.

5. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

A palavra execução vem do latim *executio*, *executionis*. A execução era feita sobre o corpo do devedor, de forma pessoal, até a Antiguidade. Somente no período da *cognitio extraordinaria*, a execução passou a ser realizada apenas sobre os bens do devedor, porém não era universal (MARTINS, 2012b). No ordenamento jurídico brasileiro, a execução é patrimonial e real, incidindo sobre a coisa e não sobre a pessoa do devedor.

A execução trabalhista é, na maioria das vezes, mera fase processual, em que se visa a efetividade do cumprimento da sentença. É inútil que o magistrado prolate uma sentença que não venha a ser efetivamente cumprida. É a vitória de *Pyrrho*: o trabalhador ganha, mas não leva. Para Martins (2012b, p. 752):

[...] A execução trabalhista acaba sendo uma angústia para o credor. A demora na entrega da prestação jurisdicional e da efetividade da execução traz descontentamento, estimula o descumprimento da sentença, potencializa novo conflito ou o eterniza e gera descrédito do Poder Judiciário. Enquanto o credor não receber o que lhe foi assegurado pela sentença, ficará insatisfeito, desapontado, permanecendo o estado de litigiosidade, pois o credor ganhou, mas não conseguiu receber. [...]

² Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – Contrato de prestação de serviços - Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A garantia dos credores é representada pelos bens do patrimônio do devedor. Se ocorrer o inadimplemento da obrigação, o credor poderá promover a execução dos bens do devedor, até o bastante para a integral satisfação de seu crédito. Em regra, a execução dá-se de forma individual. Todavia, quando o passivo (dívidas) é maior que o ativo (créditos) patrimonial do devedor, a regra da individualidade da execução é considerada injusta. A execução concursal do patrimônio do devedor, nesta hipótese, faz-se pela falência, se se tratar de empresário que exerça atividade mercantil. Nesse caso, a execução é realizada de forma universal e todas as ações são reunidas no Juízo Falimentar, de maneira a permitir a satisfação dos créditos de forma mais justa e igualitária, respeitando-se a ordem preferencial da lei (SANTOS, 2011).

Na pluralidade de devedores, há mais de um conjunto patrimonial como garantia da solvência da dívida. A lei assegura ao garantidor o direito ao benefício de ordem para se cumprir a obrigação, nos casos de responsabilidade subsidiária. É instituto do Direito Civil, que tem por finalidade assegurar que os bens do devedor secundário sejam executados somente depois de esgotadas todas as possibilidades de execução contra o devedor principal. É o que ocorre com o fiador, pois o caráter subsidiário da fiança é resultado de seu conteúdo acessório. Por ela, o fiador só se obriga na hipótese do devedor principal (afiançado) não cumprir a prestação devida (GONÇALVES, 2011).

Entretanto, o benefício de ordem não se aproveita nas hipóteses do artigo 828 do Código Civil, entre as quais, a renúncia expressa, se se obrigou como devedor solidário ou se o devedor principal for insolvente ou falido. A invocação do benefício de ordem faz recair sobre o devedor principal o encargo da nomeação de bens da sociedade livres e desembaraçados. Se não houver bens nessa situação, torna-se ineficaz a invocação do benefício de ordem. Semelhante é a situação da empresa tomadora de serviços quando é responsabilizada subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços, como já se destacou. Assim, também se aplicam a ela as mencionadas regras da fiança, quanto ao benefício de ordem e às hipóteses de sua exclusão (MARTINS, 2012b).

Por outro lado, os sócios da empresa devedora também podem ser chamados a responder por sua dívida, visto que têm igual responsabilidade subsidiária. O ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da de seus sócios. Isto pode dar margem às fraudes pelos sócios por meio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Com o intuito de coibir essas práticas, foi criada, a partir de decisões jurisprudenciais, nos

Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pela qual o Poder Judiciário pode superar a autonomia patrimonial em casos de fraudes. Dessa forma, responsabiliza-se o sócio, direta, pessoal e ilimitadamente, pela obrigação que, originariamente, cabia à sociedade, regra esta consagrada pelo artigo 50 do Código Civil brasileiro.³

No direito empresarial, existem duas correntes para a aplicação da teoria em estudo: a subjetivista e a objetivista. Pela subjetivista, os elementos para a desconsideração da personalidade jurídica são a fraude e o abuso de direito, enquanto para a objetivista é a mera confusão patrimonial. Há, ainda, a teoria maior, pela qual a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada somente nos casos de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, exigindo, portanto, os requisitos subjetivos e objetivos. Contrapõe-se à teoria menor, segundo a qual a responsabilidade deve recair sobre o sócio até mesmo na simples insuficiência patrimonial da empresa (COELHO, 2011).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não conta com expressa e literal previsão legal, cabendo ao juiz aplicá-la por interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sempre que houver manipulação fraudulenta da pessoa jurídica para frustrar interesses de credores. Na execução trabalhista, aplica-se com maior frequência a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (ADORNO JÚNIOR; CARDOZO, 2011). Por ela, atribui-se responsabilidade patrimonial ao sócio pelo simples fato da sociedade não ter patrimônio, sem a necessidade de caracterização de fraude ou de abuso de direito. Os bens dos sócios passam a responder pela dívida da sociedade, sendo assegurado o benefício de ordem, a fim de que sejam executados, primeiramente, os bens da sociedade (artigo 596, do Código de Processo Civil).

6. O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO NA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

A Lei nº 11.101/2005 consagrou três institutos para socorrer as empresas que não conseguem honrar as suas dívidas: a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a falência propriamente dita (LEITE, 2014). Esta deve ser declarada sempre que as dívidas empresariais excedam ao

³ Artigo 50 do Código Civil: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

montante de seus bens e não haja possibilidade de solvê-las.

Nos termos da Súmula 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho, o pressuposto para se acionar o devedor subsidiário, tomador de serviços, é a constatação da insolvência do devedor principal, o prestador de serviços. Assim, a decretação da falência do devedor principal permite que a execução seja redirecionada automaticamente contra o responsável subsidiário, que já foi incluído na relação jurídica processual na fase de conhecimento, para a satisfação do crédito trabalhista. Essa situação decorre da inexistência de bens do empregador em número suficiente para saldar a execução do crédito trabalhista.

O tomador de serviços responderá pela satisfação do crédito exequendo, uma vez que sua posição, enquanto devedor subsidiário, é exatamente a de quem garante o cumprimento da obrigação pela devedora principal, tal como o fiador, nas dívidas de naturezas civil e cambiária. Ele normalmente tenta se desincumbir desse ônus invocando a tese de que o crédito trabalhista deve ser habilitado no Juízo Falimentar. Invoca o artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 11.101/2005 para sustentar que, somente após o término do processo falimentar, caso o credor não receba seu crédito, é que a execução deverá prosseguir contra o responsável subsidiário.

Pela aplicação do princípio da proteção, não é aceitável que o empregado, parte hipossuficiente na relação jurídica de direito material, tenha que buscar a satisfação do crédito trabalhista no Juízo Falimentar. O caminho é mais difícil e longo, não se coadunando com a natureza alimentar do crédito trabalhista. Exigir-se que o trabalhador esgote todos os meios de cobrança da dívida contra a devedora principal, ou em face dos respectivos sócios, antes que possa ser redirecionada contra a devedora subsidiária, compromete a efetividade do provimento judicial (MARTINS, 2012b).

Nessas situações, a empresa tomadora de serviços não pode opor o benefício de ordem, pois seria infrutífera a prévia habilitação do crédito do exequente perante o Juízo Falimentar, o que está amparado pelo artigo 828, inciso III, do Código Civil. Esse procedimento afrontaria os princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, retardando o adimplemento de obrigação de natureza alimentar, que é o crédito trabalhista.

O Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal Superior do Trabalho nº 01/2012 dispõe que, em caso de execução de crédito trabalhista em face de empresa falida ou em recuperação judicial, caberá aos Juízes das Varas do Trabalho determinar que os credores providenciem a habilitação de seus créditos perante o Juízo Universal, expedindo-se, para tanto, a respectiva certidão. O posicionamento adotado pelo Tribunal

Superior do Trabalho certamente diz respeito aos processos em que há apenas a empregadora falida no polo passivo. Se houver devedor subsidiário ou solidário na execução, a adoção do procedimento em referência não atenderá aos interesses do credor trabalhista e frustrará as execuções promovidas perante as Varas do Trabalho. Não há previsão legal para que, primeiramente, processe-se a execução em face dos sócios da empresa falida ou para que se aguarde o encerramento do processo falimentar. É o que se extrai do seguinte julgado:

[...] Falência da devedora principal. Possibilidade de redirecionamento da execução contra a devedora subsidiária mesmo sem a prévia habilitação do crédito e a execução dos bens dos sócios da empresa falida. É cediço que o devedor subsidiário só pode ser responsabilizado pelo débito após o esgotamento das possibilidades de recebimento do devedor principal. Contudo, a decretação da falência deste dá outros contornos ao aludido esgotamento, porquanto torna patente o seu estado de insolvência e faz presumir as reduzidas possibilidades de sucesso na execução. Neste caso, autoriza-se o redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário, mesmo sem a prévia habilitação do crédito do obreiro e a execução dos sócios da devedora principal. (TRT 2ª R. AP 01730.2001.313.02.00-7, 8ª T., Rel. Des. Sílvia T. de Almeida Prado, j. 18.02.2009; DOE03.03.2009).[...]

O Enunciado nº 20, aprovado na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Cuiabá/MT, novembro/2010), propõe:

[...] Falência e Recuperação Judicial. Prosseguimento da execução trabalhista contra coobrigados, fiadores, regressivamente obrigados e sócios. Possibilidade. A falência e a recuperação judicial, sem prejuízo do direito de habilitação de crédito no juízo universal, não impedem o prosseguimento da execução contra os coobrigados, os fiadores, e os obrigados de regresso, bem como os sócios, por força da desconsideração da personalidade jurídica.[...]

A decretação da falência do devedor principal demonstra, de forma cabal, sua insolvência. Considerando a natureza privilegiada dos créditos trabalhistas, a execução deverá ser direcionada contra o devedor subsidiário, que, nesse contexto, passa a ser responsável pelo pagamento do valor devido. Assim procedendo, o Juiz apenas cumpre o comando da sentença exequenda. Considera a indisponibilidade patrimonial do devedor principal,

tendo em vista sua condição de falido. Em tais circunstâncias, autoriza-se o redirecionamento da execução para os bens do responsável subsidiário, em observância ao princípio da utilidade da execução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização gera uma relação jurídica triangular (trilateral) e consiste na contratação de terceiros por outras empresas para a realização de serviços que não constituem o objeto principal da contratante. Flexibiliza-se o tradicional modelo de contrato de trabalho, especializando-se o processo produtivo e se reduzindo seus custos. No entanto, muitas empresas prestadoras de serviços não honram seus compromissos trabalhistas.

Para se evitar esse problema e pela aplicação do princípio da proteção na ação de execução trabalhista, tende-se a alargar o campo da legitimidade passiva para se responder pelo crédito, o que remete ao estudo da responsabilização conjunta no Direito do Trabalho, que pode ser solidária ou subsidiária.

O tomador de serviços responderá subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas do prestador de serviços, desde que tenha participado da relação jurídica processual e conste do título executivo judicial, conforme entendimento consagrado pela Súmula 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Trata-se de responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida, decorrente da má escolha do fornecedor de mão de obra. Também se baseia na teoria do risco, já que a inadimplência da empresa prestadora de serviços decorreu do exercício de atividade que reverteu em proveito do tomador de serviços.

O responsável subsidiário, condição na qual se enquadra o tomador de serviços, pode invocar o benefício de ordem, para que, primeiramente, a execução seja direcionada em face do patrimônio do devedor principal. Nas execuções trabalhistas, são comuns os requerimentos para que os tomadores de serviços sejam intimados a pagar o débito somente depois da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa prestadora de serviços. Busca-se responsabilizar primeiramente seus sócios pelas dívidas trabalhistas, para somente depois se voltar a execução contra os tomadores de serviços. Embora se aplique a teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, pela qual se exige a mera insuficiência patrimonial da empresa, não existe a necessidade de se adotar este procedimento antes de se voltar a execução contra a tomadora de serviços, porque tanto ela quanto os sócios da devedora principal têm

responsabilidade de mesmo grau, que é a subsidiária.

A decretação da falência da empresa prestadora de serviços confirma sua insolvência, diante da inviabilidade de excussão de seu patrimônio. A situação autoriza o redirecionamento imediato da execução contra o devedor subsidiário, sobretudo em face da natureza privilegiada dos créditos trabalhistas. Este é o motivo pelo qual os tomadores de serviços devem ter cautela na contratação das empresas prestadoras de serviços, buscando afastar as culpas de eleição e de vigilância que caracterizam sua responsabilidade subsidiária.

A terceirização implica em mudanças estruturais nas empresas, que visam alcançar eficiência e competitividade no mercado, assim como a redução de seus custos operacionais. Não há de se impedir essa prática empresarial, mas não se deve deixar de proteger os direitos trabalhistas, especialmente diante da insuficiência patrimonial do prestador de serviços. Aquele que se beneficia do trabalho prestado deverá garantir a solvência do crédito trabalhista, sobretudo nos casos de falência do devedor principal, mesmo antes do esgotamento do processo falimentar, diante de sua natureza alimentar.

REFERÊNCIAS

ADORNO JÚNIOR, H. L.; CARDOZO, A. M.. A despersonalização da pessoa jurídica para penhora de bens dos sócios da sociedade limitada. **Revista Universitas**. Mogi Mirim, Ano 4, Nº 7, p. 79/100. Julho/Dezembro de 2011.

BRASIL, **CLT Saraiva e Constituição Federal**. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federal do Brasil**, de 05 de outubro de 1988, Senado.

BRASIL, **Lei 5.869/73** – Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em abril de 2014.

BRASIL, **Lei 6.830/80** – Lei de Execuções Fiscais, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em abril de 2014.

BRASIL, **Lei 8.078/90** – Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em junho de 2014.

BRASIL, **Lei 10.406/02** – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em agosto de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.101** – Lei de Falências, de 29 de janeiro de 2005. Regula a recuperação

judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em julho de 2014.

BRASIL, Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho – CGJT nº 01/2012. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislação/provimento-cgjt-1-2012.htm>>. Acesso em agosto de 2014.

BRASIL, Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em dezembro de 2013.

COELHO, F. U.. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, 548 p.

DINIZ, M. H.. **Direito civil brasileiro**. 7º Volume. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, 669 p.

GONÇALVES, C. R.. **Direito civil brasileiro**. Volume 1: Parte geral. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, 559 p.

_____. **Direito civil brasileiro**. Volume 2: Teoria Geral das Obrigações. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, 432 p.

_____. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: Responsabilidade civil. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, 565 p.

LEITE, C. H. B.. **Curso de direito processual do trabalho**. 12ª ed., São Paulo: LTr, 2014, 1536 p.

MARTINS, S. P.. **A terceirização e o direito do trabalho**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2012a, 185 p.

_____. **Direito do trabalho**. 28ª ed., São Paulo: Atlas, 2012b, 930 p.

_____. **Direito processual do trabalho**. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, 850 p.

SANTOS, M. A.. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3º Volume. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, 505 p.

SILVA, H. B. M.. **Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho** (recurso eletrônico). 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, 283 p.

VENOSA, S. de S.. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4º Volume. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, 323 p.