



Noviembre 2016 - ISSN: 1988-7833

A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

Luís Guilherme Soares Maziero *
Fábio Alexandre Coelho**
Instituição Toledo de Ensino / ITE-Bauru
luis@mazieroadvogados.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Luís Guilherme Soares Maziero y Fábio Alexandre Coelho (2016): "A responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas à luz do sistema constitucional de proteção aos direitos sociais" Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (octubre-diciembre 2016). En línea:

<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/04/direitos-sociales.html>

Resumo

O presente trabalho busca analisar a estrutura das normas de proteção ao trabalhador dentro de um sistema constitucional de proteção aos Direitos Sociais do Trabalho, para então refletir quanto à responsabilidade pelo adimplemento dos direitos trabalhistas, buscando refletir quanto aos mecanismos existentes no Direito nacional que permitem a redução do custo despendido na contratação de mão de obra, e quais os riscos que a adoção destes mecanismos podem causar ao patrimônio pessoal do tomador dos serviços.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, Verbas rescisórias, Responsabilidade do tomador, Flexibilização dos Direitos do Trabalhador, Direitos Sociais.

Abstract

This paper analyzes the structure of the worker protection standards within a constitutional system of protection of Social Rights at Work, and then reflect on the responsibility for the due performance of labor rights, seeking to reflect as to existing mechanisms in the national law allow to reduce the cost spent on the hiring of work, and what risks the adoption of these mechanisms may lead to the personal assets of the borrower services.

Keywords: Labor Law, Severance pay, borrower's responsibility, Easing of the Worker Rights, Social rights.

INTRODUÇÃO

Tema recorrente em debates acadêmicos, despertando inúmeros questionamentos na prática forense, a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas será objeto de análise no presente trabalho que, de forma simples e didática, buscará esclarecer os riscos assumidos por quem contrata mão de obra para o exercício de suas atividades empresariais.

É sabido que toda atividade empresarial bem estruturada e planejada deve agregar a seu custo operacional os encargos trabalhistas devidos aos empregados que participam da cadeia de produção da mercadoria comercializada. Assim, sempre que um produto ingressa no mercado, o

preço exigido dos consumidores não se restringe apenas ao valor da matéria prima empregada na produção, englobando, dentre outras variáveis, os encargos tributários e trabalhistas despendidos durante o processo produtivo.

Conforme pesquisa realizada em maio de 2012, em parceria com a CNI (Confederação Nacional da Indústria)¹ e divulgada pelo Centro de Microeconomia Aplicada da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EESP), estima-se que a legislação trabalhista brasileira represente para o empregador entre 17% e 48% do custo total de um trabalhador.

Se considerarmos não apenas os encargos trabalhistas, mas também as despesas despendidas com treinamento, encargos tributários e até gerenciamento de pessoal, o custo de um empregado pode chegar a 2,83 vezes o valor do salário registrado na carteira – ou 183% além do salário contratado.

Em um mercado cada vez mais competitivo, em que produtos importados, por vezes, inviabilizam a produção nacional, muitos empresários passaram a buscar formas alternativas e mais baratas de contratação de mão de obra, com o intuito de baratear seu custo operacional. Com a produção mais barata, consequentemente o valor final das mercadorias também se torna mais acessível, o que leva à conquista de mercado e à expansão dos negócios.

Entretanto, na maioria dos casos tais alternativas tendem a caracterizar fraude aos direitos trabalhistas, ocasionando a reversão judicial destas medidas. Por estas razões, o presente estudo visa esclarecer e advertir quanto aos riscos que o tomador de serviços assume em cada uma das principais modalidades de contratação de mão de obra existentes no Direito pátrio contemporâneo.

1. PARA ENTENDER MELHOR: PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Neoconstitucionalismo e princípios

A palavra princípio, na linguagem comum, significa começo ou “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo” (HOUAISS, 2001, p. 2299).

Quando contextualizado no âmbito da ciência do Direito, no entanto, princípio ganha uma conotação específica, passando a significar “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. (REALE, 2002, p.304).

É de se notar também que nem todos os princípios são ditados explicitamente na norma pelo legislador, de modo que alguns estão contidos de forma implícita no ordenamento jurídico, razão pela qual devem ser conhecidos e considerados pelo intérprete do Direito no momento de sua aplicação. (DINIZ, 2010, p. 471).

Durante muitos anos, os princípios gerais de direito desempenharam função subsidiária à norma jurídica. Desde o surgimento das Escolas de Estricto Legalismo, iniciadas após a promulgação do Código Napoleônico na França (HERKENHOFF, 2010, p. 34), os princípios gerais de direito eram utilizados apenas como critério de integração normativa, ou seja, em caso de lacuna – e apenas nesta situação - devia o intérprete recorrer à analogia, aos costumes e, por último, aos princípios gerais de direito, a fim de suprir a ausência de norma, garantindo a devida prestação jurisdicional.

No Brasil, inclusive, tal regra foi estampada no artigo 4º do Decreto-lei 4.657/42, denominado de “Lei de introdução às normas do Direito brasileiro”.

Com o advento da segunda guerra mundial e a expansão do movimento filosófico denominado pós-positivismo, a partir de 1949 a Europa passou por um processo de reconstitucionalização, cuja principal inovação foi justamente o fato de que os princípios gerais de direito, que até então exerciam função meramente subsidiária à lei, passam a ser considerados como verdadeiras normas jurídicas, ao lado das regras de direito positivadas. (BARROSO, 2011, p. 267).

Desde então, onde há princípio não há lacuna, sendo função do intérprete primeiro conhecer os princípios que regem o sistema jurídico, para em seguida aplicá-los simultaneamente às regras de direito.

No Brasil, os ideais neoconstitucionalistas ganharam força a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde então, o direito deixou de ser um “sistema de regras”, passando a ser entendido como um “sistema de princípios” com aplicação imediata. (GRAU, 2009, p. 139).

Neste novo contexto, a Constituição Federal passou a desempenhar a função de positivação e proteção dos direitos fundamentais, estes últimos entendidos como um sistema aberto de princípios

e regras responsáveis por garantir, simultaneamente, direitos subjetivos aos jurisdicionados, além de regulamentar a organização e atuação do Estado que os reconhece, sempre com o foco na proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade) (SERRANO, 2009, p. 15)

Assim, seguindo a linha de pensamento notabilizada por Norberto Bobbio, os direitos fundamentais estariam organizados em três dimensões ou gerações, sendo a primeira geração referente aos direitos individuais e políticos, cujo surgimento ocorreu após o fim das monarquias absolutas, originando a concepção de Estado de Direito, enquanto a segunda geração seria representada pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, surgem com o término da segunda guerra mundial, e visam promover a solidariedade entre os povos, a paz no mundo, o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos e o direito à preservação do patrimônio comum à humanidade. (BOBBIO, 2004)

Quanto aos Direitos Sociais de segunda geração, dentro dos quais está inserido o Direito do Trabalho, são voltados à proteção da igualdade entre os indivíduos, entendendo-se aqui, por igualdade, a ideia de igualdade material no lugar daquela meramente formal. Assim, os direitos de segunda geração seriam aqueles direitos sociais, econômicos e culturais, destinados a proporcionar uma igualdade de condições entre os seres humanos, corrigindo eventuais desigualdades naturalmente ou socialmente estabelecidas.

Portanto, mais do que simplesmente propor a submissão do Estado ao Direito, como fez a primeira geração dos direitos fundamentais, os direitos sociais de segunda geração buscavam a atuação do Estado na promoção da igualdade, deixando de lado o papel minimamente intervencionista de outra época. Nasceu, assim, a figura do Estado de bem-estar social, ou Welfare State, marcado pela participação ativa e intervencionista do Estado em todas as questões norteadas por situações de interesse público, inclusive naquelas antes cunhadas à luz do chamado Direito Privado. Neste contexto, surgem as normas de proteção ao trabalho, haja vista que tais relações historicamente foram marcadas pela hipossuficiência e submissão do empregado frente ao trabalhador.

Por tudo isso, considerando que a Carta Maior brasileira reservou o Capítulo II para tratar dos Direitos Sociais, dentro do que tratou dos Direitos do Trabalhador, verifica-se o caráter constitucional e fundamental dos Direitos Trabalhistas, fato este que torna indispensável o conhecimento de alguns princípios próprios do direito do trabalho, os quais serão utilizados para explicar algumas hipóteses de responsabilidade no pagamento das verbas trabalhistas.

1.2. Princípio da proteção

O princípio da proteção – ou princípio protetor – é norteador no processo de interpretação e aplicação do direito do trabalho, sendo considerado, por muitos juristas, o mais importante dentre os princípios laborais, por influenciar toda a estrutura e características desta justiça especializada (RODRIGUEZ, 1993, p. 42-43).

Segundo tal princípio, nas relações de trabalho subordinado, empregador e empregado não contratam em igualdade de condições. Ao contrário do empregador, que é detentor dos meios de produção, os empregados dependem do trabalho para a própria subsistência, razão pela qual não teriam condições para discutir os termos e condições da contratação de forma igualitária, haja vista a necessidade e dependência do emprego, que seria verdadeira condição de sobrevivência.

Assim, em razão da subordinação e da dependência econômica existente entre empregador e empregado, com o intuito de equilibrar esta relação contratual considerada desigual, nasce o princípio da proteção, segundo o qual tanto a estrutura do direito do trabalho quanto suas regras, institutos, princípios e presunções devem beneficiar sempre o empregado, tendo em vista sua condição de hipossuficiência em relação ao empregador (DELGADO, 2012, p.193).

Tal princípio transpõe as regras de direito material do trabalho para também nortear as regras de direito processual do trabalho, oferecendo maior proteção ao empregado durante o curso do processo movido contra o empregador, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de inversão do ônus da prova (LEITE, 2012, p. 81).

Portanto, pelo princípio da proteção, as normas trabalhistas devem ser interpretadas sempre visando à proteção do empregado.

1.3. Princípio da imperatividade das normas trabalhistas

Segundo tal princípio, as normas de direito do trabalho são de interesse público e, portanto, indisponíveis. Assim, quase todas as normas que regem as relações de emprego têm natureza cogente, não podendo ser alteradas pelas partes no momento da contratação (DELGADO, 2012, p. 196).

O direito laboral, portanto, limita a autonomia de vontade das partes durante o contrato de trabalho, vigendo as disposições estabelecidas em lei ou instrumento normativo.

De tal princípio deriva outro, chamado de princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, segundo o qual os direitos laborais são indisponíveis, ou seja, o empregado não tem autonomia para abrir mão de seus direitos.

Assim, eventual renúncia do empregado aos seus direitos não produzirá nenhum efeito jurídico, visto que as normas jurídicas trabalhistas são cogentes e os direitos laborais são indisponíveis.

1.4. Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva originou-se de um princípio comum ao direito civil, denominado de princípio da intangibilidade dos contratos - ou *pacta sunt servanda* – segundo o qual uma vez fixado o contrato, as partes ficam obrigadas ao seu cumprimento, não cabendo sua modificação unilateral (GONÇALVES, 2012, 48).

Entretanto, enquanto o direito civil relativizou o princípio da intangibilidade, passando a admitir a modificação dos contratos por mútuo consentimento das partes ou por intervenção judicial nas hipóteses de onerosidade excessiva a uma das partes – teoria esta denominada de *rebus sic stantibus* (GONÇALVES, 2012, p. 51) – o direito do trabalho não seguiu referidas atenuantes, fixando sentido próprio ao que ficou conhecido como princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Assim, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no artigo 468 da CLT, tem como primeiro aspecto relevante o fato de vedar com veemência a modificação dos contratos de trabalho em prejuízo do empregado, afastando a aplicação da teoria *rebus sic stantibus* da seara trabalhista, salvo em hipóteses restritas, nas quais a alteração lesiva ao empregado é admitida em caráter excepcional².

Em segundo lugar, mesmo nos casos em que a modificação seja benéfica ao empregado, deve existir a anuência deste, de modo que a modificação não poderá ser unilateralmente fixada pelo empregador (SARAIVA, 2012, p.37).

Tal princípio terá extrema relevância no estudo da análise da responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas nas hipóteses de sucessão trabalhista.

1.5. Princípio da primazia da realidade sobre a forma

Outro princípio de extrema relevância ao direito do trabalho é aquele denominado princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual “a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário” (MARTINEZ, 2012, p. 98), de modo que, ao aplicar o direito laboral, o magistrado buscará o que realmente existiu, ainda que tal prática contrarie a documentação carreada ao processo.

É de se notar que, ao contrário do princípio da proteção, tal princípio sempre será aplicado, seja para beneficiar ou para prejudicar o empregado, de modo que na aplicação do direito do trabalho, o magistrado deve buscar a verdade real, em detrimento da verdade meramente formal.

2. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS

Entendido o Direito do Trabalho enquanto parte integrante dos Direitos Sociais e conhecidos alguns dos princípios gerais de direito do trabalho responsáveis por atribuir natureza peculiar a este ramo especializado do Direito, torna-se possível compreender a maneira como o legislador e a jurisprudência nacional distribuíram a responsabilidade pelo adimplemento das verbas decorrentes do

contrato de trabalho.

2.1. Empregador

O empregador é considerado o responsável principal pelo adimplemento das verbas trabalhistas, tendo em vista sua condição de integrante direto da relação jurídica e principal beneficiário dos serviços prestados pelo empregado (DELGADO, 2012, p. 467).

A definição de empregador é encontrada no artigo 2º da CLT, que o define como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Muito embora o texto da CLT tenha associado o empregador às “empresas”, doutrina e jurisprudência majoritárias assentaram o entendimento segundo o qual o artigo 2º da CLT não é taxativo, razão pela qual jamais poderia ser interpretado restritivamente (NASCIMENTO, 2011, p.214).

Desta maneira, o entendimento que prevalece determina que empregador “é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado”³ (NASCIMENTO, 2011, p. 214), levando à conclusão que o empregador pode ser tanto pessoa física – inclusive profissionais liberais – quanto pessoa jurídica, ou até mesmo entes despersonalizados (CARRION, 2012, p. 34).

Assim, presentes os requisitos do vínculo de emprego no caso concreto, o contratante será considerado empregador, independentemente da natureza jurídica de seus atos constitutivos, sendo ele o responsável direto e imediato pelo pagamento das verbas trabalhistas, ainda que seu nome não conste no registro da carteira de trabalho do obreiro, ou até mesmo nos casos em que nem mesmo o registro da carteira foi realizado.

Finalmente, é muito comum deparar-se com situações em que o empresário obriga seu empregado a assinar contrato de prestação de serviços - de trabalho eventual ou de trabalho autônomo - visando reduzir os encargos trabalhistas decorrentes da contratação de mão de obra.

Tal prática, entretanto, não exime a responsabilidade do empresário, haja vista que a responsabilidade do empregador pelo pagamento das verbas trabalhistas deriva, exclusivamente, da caracterização dos elementos do vínculo de emprego no caso concreto, independentemente da formalização da contratação.

Assim, o juiz sempre deverá prezar pela primazia da realidade sobre a forma, declarando nulos todos os atos que visem desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.2. Grupo econômico

Além do empregador direto, a Consolidação das Leis do Trabalho estendeu a responsabilidade direta e imediata pelo adimplemento das verbas trabalhistas ao chamado grupo econômico.

O grupo econômico criado pelo direito do trabalho possui requisitos próprios definidos pela CLT⁴, razão pela qual não deve ser confundido com figuras jurídicas do direito empresarial ou do direito civil, como as holdings, as joint ventures, as sociedades coligadas, as sociedades controladas, as sociedades filiadas e similares.

Conforme nos ensina Maurício Godinho Delgado, a caracterização do grupo econômico trabalhista requer a conjugação de três elementos essenciais, que denominou de abrangência objetiva, abrangência subjetiva e nexos relacional entre as empresas (DELGADO, 2012, p. 407).

Quanto à abrangência objetiva, afirma o autor que o grupo econômico trabalhista é informal, não sendo exigida nenhuma formalidade à sua caracterização como, por exemplo, registro em cartório.

Por outro lado, seus efeitos são objetivos, ou seja, visam apenas garantir aos empregados o adimplemento das obrigações trabalhistas – princípio da proteção. Por isso, limitam-se ao direito do

trabalho, sendo vedada sua extensão para outros ramos do Direito, como o direito civil ou empresarial.

Acerca da abrangência subjetiva, entende o Autor que somente “empresas”⁵ podem integrar o grupo econômico trabalhista.

Por fim, a caracterização do grupo econômico requer a existência de nexos relacionais interempresas, ou seja, é necessário que haja uma relação de coordenação cooperada entre as diversas empresas integrantes do grupo econômico, todas trabalhando de forma interligada em busca de expansão econômica.

Não é necessário que todas as empresas do grupo econômico explorem a mesma atividade econômica (SARAIVA, 2012, p. 73).

Caracterizados tais requisitos no caso concreto, todas as empresas integrantes do grupo econômico serão solidariamente responsáveis pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados de qualquer uma delas.

Em um mercado cada vez mais dinâmico e competitivo, a cooperação entre empresários tornou-se prática comum e indispensável, seja para baratear o custo de produção, seja para acelerar a circulação de mercadorias e melhorar o atendimento aos clientes. Tal proximidade, entretanto, tornou-se um dos pontos de maior exposição ao risco empresarial, visto que, por vezes, os empresários acabam responsabilizados não apenas pelo pagamento das verbas trabalhistas de seus empregados diretos, mas também dos empregados das empresas com quem mantêm relação comercial.

Para minimizar tal exposição, é importante que o empresário atente-se aos requisitos caracterizadores do grupo econômico, bem como procure manter relação jurídica apenas com empresas solventes, capazes de arcar com o adimplemento de suas obrigações trabalhistas.

2.3. Sucessão de empregadores

Outro tema de grande relevância ao estudo do risco empresarial nas relações de trabalho é a questão da sucessão trabalhista ou sucessão de empregadores.

Sucessão de empregadores “é a alteração subjetiva do contrato de trabalho (polo do empregador), com a transferência da titularidade do negócio de um titular (sucedido) para outro (sucessor) assumindo o novo titular do empreendimento todos os direitos e dívidas existentes” (SARAIVA, 2012, p. 143).

É oportuno esclarecer que a sucessão trabalhista só é passível de ocorrer por parte do empregador, e não do empregado, uma vez que a relação jurídica trabalhista para este é pessoal, ao passo que para aquele é impessoal (DELGADO, 2012, p. 415).

Portanto, não é possível substituir um empregado por outro sem rescindir o contrato de trabalho do empregado substituído. Por outro lado, acontecimentos que gerem a transformação de uma empresa em outra não prejudicarão os contratos de trabalho em curso que, pelo princípio da continuidade das relações de trabalho, passarão à responsabilidade do sucessor.

A sucessão de empregadores pode ocorrer tanto nos casos de incorporação, fusão e transformação de uma empresa em outra - casos em que a própria empresa empregadora será sucedida por uma nova empresa - como também nos casos em que há modificação na titularidade dos empresários, ou seja, a empresa é mantida, mas os responsáveis por administrá-la são modificados (NASCIMENTO, 2011, p. 232).

Para que a sucessão de empregadores seja configurada, basta que estejam presentes dois requisitos, sendo o primeiro deles a transferência na titularidade do negócio, e o segundo requisito que haja a continuidade na prestação de serviços do obreiro ao sucessor. (SARAIVA, 2012, p.145).

Verificada a sucessão de empregadores, a legislação trabalhista, especificamente nos artigos 10⁶ e 448⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho, resguarda os direitos dos empregados, transferindo ao novo proprietário todas as obrigações eventualmente devidas e não pagas pelo empregador originário, sem qualquer interrupção ou modificação no contrato de trabalho dos empregados, que continua vigente sem nenhum prejuízo ou alteração.

Assim, eventual reclamação trabalhista movida pelos empregados para cobrança dos direitos trabalhistas relacionados ao contrato de trabalho firmado deverá ser proposta apenas contra o sucessor, e não contra o sucedido, que passa a ser parte ilegítima para a reclamação trabalhista (CARRION, 2012, p.89), salvo nos casos em que se comprove que a sucessão foi realizada com

intenção de fraudar a legislação trabalhista, hipótese em que se admite a responsabilidade subsidiária do sucedido (SARAIVA, 2012, p.146).

Em alguns casos específicos, entretanto, a sucessão trabalhista não opera seus efeitos. Considerando-se que o presente estudo busca analisar a responsabilidade do tomador pelo pagamento das verbas trabalhistas, limitemo-nos ao estudo de duas situações específicas.

A primeira delas está prevista no artigo 141, II, da Lei 11.101/2005, e diz respeito às hipóteses de venda dos bens da empresa em processo falimentar. Assim, nas hipóteses de alienação dos bens de empresa falida, bem como nas hipóteses de venda da própria empresa e filiais, o objeto da alienação estará livre de quaisquer ônus – trabalhistas e tributários, inclusive – não respondendo o arrematante pelas dívidas pretéritas.

Outra hipótese relevante ao presente trabalho refere-se às situações em que grandes grupos empresariais alienam apenas uma das empresas que integram o grupo econômico.

Nestas hipóteses, o adquirente sucederá o alienante apenas em relação aos empregados vinculados à empresa adquirida, não devendo responder pelo pagamento das verbas trabalhistas dos empregados vinculados às demais empresas do grupo econômico, se à época da sucessão tais empresas eram solventes.

Afinal, “o sucessor não pode responder por débitos trabalhistas de empresa que não foi por ele comprada, ainda que integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida”, visto que ele – o sucessor – não faz parte do referido grupo econômico (MARTINS, 2011, p. 184)

Haverá, entretanto, a responsabilidade solidária do sucessor em relação às outras empresas do grupo, se for constatado que a sucessão ocorreu com a intenção de fraudar a legislação trabalhista vigente.⁸

Portanto, sempre que um empresário pretender adquirir uma empresa ou um estabelecimento comercial já existente, é indispensável analisar cuidadosamente todos os contratos de trabalho vigentes e também aqueles já extintos nos últimos dois anos, analisando de que maneira a empresa sucedida adimplia com os direitos trabalhistas de seus empregados, haja vista que a aquisição englobará também o passivo trabalhista da empresa sucedida.

Finalmente, é importante lembrar que no contrato que celebrar a transferência entre a sucessora e a sucedida poderá constar a chamada cláusula de não responsabilização, segundo a qual a responsabilidade por obrigações trabalhistas pretéritas serão de responsabilidade da gestão anterior.

Tal cláusula, apesar de não impedir a responsabilidade do sucessor perante os empregados, garantirá o direito de regresso contra o sucedido, visando o reembolso por eventuais prejuízos decorrentes do pagamento de débitos trabalhistas pretéritos (SARAIVA, 2012, p.147).

3. RESPONSABILIDADE DO NÃO EMPREGADOR PELO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS

Embora o empregador seja o devedor principal das obrigações trabalhistas, há situações em que o direito do trabalho atribui tal responsabilidade a terceiros, que apesar de não figurarem na condição de empregador, beneficiam-se dos serviços prestados pelo empregado.

Assim, dada sua condição de beneficiário dos serviços prestados, nestas hipóteses o terceiro funcionará como um “garantidor” do pagamento das verbas trabalhistas devidas pelo empregador, caso este não as pague.

Neste estudo, abordaremos apenas as situações de responsabilização do não empregador, por ser de maior relevância às relações empresariais.

3.1. Sócio

Ao dissertar sobre o tema “pessoa jurídica”, Silvio Rodrigues afirma “tratar-se de entidades que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil” (RODRIGUES, 2007, p. 86).

Como consequência, “é apenas o patrimônio da pessoa jurídica (e não o de seus integrantes) que, em princípio, responde por suas obrigações” (COELHO, 2012, p. 249).

Portanto, quando um empregado é contratado por uma pessoa jurídica, ela será a

empregadora e responsável direta pelo pagamento das verbas trabalhistas, e não os sócios que a compõem.

Salvo em algumas modalidades de pessoas jurídicas específicas, em que os sócios assumem responsabilidade ilimitada pelas obrigações da empresa⁹, a regra geral, como citado, estabelece que os sócios não respondem pelas obrigações da empresa, conforme expressa o artigo 596 do Código de Processo Civil vigente.

Excepcionalmente, prevê o artigo 50 do Código Civil vigente a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações da empresa, nos casos em que houver confusão entre o patrimônio da empresa e o dos sócios, ou ainda quando os administradores agem de forma fraudulenta, com desvio de finalidade¹⁰, praticando atos diferentes daqueles previstos no estatuto ou no contrato social da empresa (RIZZARDO, 2011, p. 274).

Nestas situações, prevê a legislação civil a chamada desconconsideração da personalidade jurídica, momento em que os sócios administradores – que praticaram a fraude – serão pessoalmente responsabilizados pelas obrigações da empresa.

Assim, a desconconsideração da personalidade jurídica funciona como “um remédio jurídico (...) para apreender o efetivo responsável pelo ato de violação, seu sócio ou diretor” (MARTINEZ, 2012, p. 200).

Quando aplicada ao direito do trabalho, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica amoldou-se a alguns princípios próprios desta justiça especializada, principalmente ao já estudado princípio da proteção e ao princípio da despersonalização do empregador, segundo o qual a expressão empresa não se limita à pessoa jurídica, e sim a todo o complexo de relações materiais, imateriais e de sujeitos jurídicos que integram a relação jurídica, independentemente do aspecto formal. (COUTINHO, 2001, p. 205-249).

Assim, inspirada no artigo 135 do Código Tributário Nacional, a jurisprudência passou a aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica às relações trabalhistas, sempre que o patrimônio da empresa não seja suficiente para arcar com o pagamento das verbas trabalhistas devidas, atribuindo ao patrimônio pessoal dos sócios administradores a incumbência pelo pagamento destas obrigações (CARRION, 2012, p. 883). Afinal, a ausência de patrimônio para quitação de tais verbas levaria à presunção de fraude na administração da empresa pelos sócios.

Oportunamente, é importante destacar que, com o advento da Lei 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – foi disciplinado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, que resguarda aos sócios o direito de apresentar defesa antes de consumir a inclusão deles no polo passivo da ação¹¹. Por meio do artigo 6º da resolução nº 203/2016, Instrução Normativa nº 39/2016, o E. Tribunal Superior do Trabalho deliberou pela aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aos processos trabalhistas.

Entretanto, tal dispositivo apenas regulamenta o exercício procedimental da desconconsideração da personalidade jurídica, garantindo a ampla defesa e o contraditório aos sócios antes deles integrarem a relação processual. Porém, não impede a consumação do ato, que continua existindo, tanto no âmbito do processo civil quanto no do processo do trabalho.

Portanto, em relação ao pagamento das obrigações trabalhistas, conclui-se que os sócios administradores da pessoa jurídica responderão com o patrimônio pessoal de forma subsidiária, ou seja, extinto o patrimônio da empresa, responderão os sócios com o patrimônio pessoal.

3.2. Terceirização

Muito embora a palavra “terceirização” não esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, na linguagem forense a expressão passou a ser amplamente empregada para “designar o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição” (NASCIMENTO, 2011, p. 217).

Trata-se, portanto, de hipótese de subcontratação de mão de obra, por meio da qual uma empresa confia à outra certa tarefa, para que ela a realize habitualmente, com empregados próprios (CARRION, 2012, p.355).

Em um mercado altamente competitivo, que exige do empresário a especialização da mão de obra e o aumento da produtividade atrelado à redução dos custos de produção, a terceirização, quando surgiu, oferecia ao empresariado uma excelente alternativa à contratação com vínculo de

emprego.

Isto porque, ao terceirizar serviços para outra empresa, o empresário adquire uma prestação de serviços altamente especializada, por um preço acessível e, além de tudo, ainda se exime da responsabilidade decorrente da contratação de empregados.

Afinal, se o pagamento das verbas trabalhistas é incumbência do empregador, caberia à empresa terceirizada arcar com os encargos gerados pelos empregados por ela contratados, razão pela qual não poderia o tomador destes serviços sofrer qualquer tipo de responsabilização.

Entretanto, quando confrontada com os princípios constitucionais trabalhistas, verifica-se que a terceirização viola os princípios da dignidade humana; da valorização do trabalho e do emprego; da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais; da promoção do bem de todos, enfim, inúmeros princípios que sustentam o próprio princípio da proteção, bem como o princípio da indisponibilidade - estudados anteriormente - segundo os quais o Direito deve proteger o trabalhador, que é a parte hipossuficiente na relação contratual laborativa (DELGADO, 2012, p. 445).

Por todo o exposto, a jurisprudência trabalhista brasileira, para evitar o avanço desenfreado do processo de terceirização, ao interpretar sistematicamente o Direito, concluiu que tal processo, no Brasil, via de regra deve ser considerado uma prática ilícita.

Assim, de nada adianta ao empresário subcontratar mão de obra a uma empresa terceirizada, pois o vínculo de emprego será formado diretamente entre o empregado e o tomador, que responderá solidariamente à empresa terceirizada pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado.

Excepcionalmente, em apenas quatro situações específicas¹², a jurisprudência brasileira admitiu a terceirização do trabalho de forma lícita, eximindo o tomador de serviços do vínculo de emprego com a mão de obra terceirizada.

Ainda assim, mesmo nas hipóteses de terceirização lícita, o tomador de serviços responderá subsidiariamente à empresa prestadora de serviços terceirizados pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados que lhe prestaram serviços.

A interpretação jurisprudencial acerca da terceirização de mão de obra no Brasil é encontrada na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nota-se, portanto, que atualmente a terceirização de mão de obra no Brasil, além de restringir-se a situações muito específicas, não exime o tomador de serviços da responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados subcontratados; afinal, a responsabilidade sempre perdurará, seja na forma solidária ou subsidiária.

Tal figura jurídica representa, portanto, demasiado risco ao empresário tomador dos serviços, visto que este corre o risco de, mesmo após pagar os valores fixados pela empresa prestadora, também arcar com o pagamento das verbas rescisórias dos empregados contratados por ela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo indivíduo que se propõe ao exercício da atividade empresarial idealiza a criação de um empreendimento sustentável e promissor, capaz de se desenvolver economicamente e de se tornar referência dentro do segmento explorado.

Ao optar pela exploração da atividade empresarial, pensa-se que o empresário conheça os perigos do ramo de atuação que decidiu explorar, razão pela qual são dele os riscos de uma economia inconstante e de um mercado altamente competitivo que, de forma imprevisível, tanto podem levá-lo ao sucesso absoluto ou então à morte civil.

De igual forma, ao optar pela contratação de mão de obra assalariada, o empresário também deve conhecer o custo que referida contratação gerará ao empreendimento, para somente então decidir se deseja ou não consumá-la.

Ao relacionar o tema “risco empresarial” ao direito laboral, o presente estudo pretendeu demonstrar que, pela própria natureza protetiva do direito do trabalho, entendido enquanto elemento inserido na categoria dos direitos fundamentais de segunda geração, por integrar o rol dos direitos sociais, não há soluções jurídicas milagrosas que eximam o empregador da responsabilidade de pagamento das verbas trabalhistas devidas à mão de obra por ele utilizada.

Assim, verifica-se que todo tipo de contratação de mão de obra com características de vínculo de emprego, invariavelmente, responsabilizará o contratante ao risco de arcar com o pagamento das verbas trabalhistas geradas.

Por todo o exposto, verifica-se que quanto mais o empresário busca burlar a legislação trabalhista, maior é a exposição ao risco, de modo que cercar-se de empreendedores e prestadores de serviços com grande solvência é a forma mais adequada de se resguardar das consequências oriundas das obrigações trabalhistas assumidas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. Tradução Carlos Nelson Coutinho. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo de Execução Trabalhista, in NORRIS, R. (Coord.). Execução Trabalhista: Visão Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. Como Aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HOUAISS, Antônio, et alii, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. A cidadania Social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009.

KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular - TST – Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Orientações Jurisprudenciais da SBDI-1 e 2 do TST. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Comentários às Súmulas do TST. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2011.

_____. Direito Contemporâneo do Trabalho. São Paulo, Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, André Portela; FIRPO, Sérgio P.; PONCZEK, Vladimir P.; ZYLBERSTAJN, Eduardo; RIBEIRO, Felipe Garcia. Custo do Trabalho no Brasil: Proposta de uma nova metodologia de mensuração. <Disponível em: [http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final\(1\).pdf](http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final(1).pdf)>. Acesso em 05 de Setembro de 2016.

*: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba e doutorando pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, onde também exerce a função de integrador acadêmico, auxiliando os trabalhos da direção do curso de Direito. Também é professor no curso de Direito na Faculdade Metrocamp, do Grupo IBMEC-Devry, além de advogado e palestrante. Email: luis@mazieroadvogados.com

** : Doutor em Direito Constitucional - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2011). Procurador do Estado - Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor do Centro Universitário de Bauru (Instituição Toledo de Ensino) nos cursos de graduação e pós-graduação.

¹ <[http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final\(1\).pdf](http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final(1).pdf)> – acesso em 04/09/2016.

² Como exemplo, podemos citar a hipótese prevista no artigo 7º, VI da Constituição Federal de 1988, que prevê a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Portanto, ainda que excepcionalmente, verifica-se a possibilidade de redução salarial, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.

³ Empregado, por sua vez, “é a pessoa física que presta pessoalmente a outros serviços não eventuais, subordinados e assalariado” (NASCIMENTO, 2011, p.167).

⁴ A definição de *grupo econômico* está prevista no artigo 2º, § 2º da CLT, cuja redação é a seguinte: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

⁵ Por empresa deve-se entender todo “ser econômico”, ou seja, que explore atividade econômica, seja ele pessoa física, pessoa jurídica, ou até mesmo ente despersonalizado. (DELGADO, 2012, p.408).

⁶ “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” (Art. 10 da CLT).

⁷ “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados” (Art. 448 da CLT).

⁸ “O sucessor não responde solidariamente por débitos trabalhistas de empresa não adquirida, integrante do mesmo grupo econômico da empresa sucedida, quando, à época, a empresa devedora direta era solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má fé ou fraude na sucessão” (OJ 411 TST, DEJT, 26.10.2010)

⁹ Como, por exemplo, nas sociedades não personificadas, de que trata o artigo 990 do Código Civil; nas sociedades em conta de participação, abordadas no artigo 991, parágrafo único do Código Civil; ou então na sociedade simples, conforme prevê o artigo 1023 do Código Civil.

¹⁰ “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” (Artigo 50 do Código Civil)

¹¹ Ao regulamentar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil prevê no artigo 135 que “instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

¹² Conforme confirma a súmula 331 do TST, a terceirização é considerada lícita: a) Nas situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário, previstas na lei 6019/74; b) Nas atividades de vigilância, regidas pela Lei 7.102/83; c) Nas atividades de conservação e limpeza; e d) Nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.