**O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO COMO MEDIDA PROTETIVA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO**

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto breve análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no novo CPC, como medida de proteção do patrimônio público. Ou seja, analisar-se-á, com base nas alternativas que o novo CPC confere, a possibilidade de a Justiça Obreira afastar a figura da personificação jurídica da empresa (terceirizada), a fim de permitir o resguardo do direito do trabalhador e do patrimônio público, sempre que forem verificadas, no *iter* processual, as hipóteses do não cumprimento das leis trabalhistas, bem assim for verificada a dissolução irregular e a ausência de bens da empresa terceirizada.

**Palavras chave:** Defesa do patrimônio público. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Reclamação Trabalhista. Novo CPC.

1. **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objeto breve análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, como medida de proteção do patrimônio público.

É corriqueiro o fato de que as empresas, que contratam com o Poder Público para fornecer trabalho terceirizado, mediante licitação, não possuem bens para garantir as reclamatórias trabalhistas. E mais, muitas vezes, quando o trabalhador busca na justiça obreira seus direitos, a empresa terceirizada já está dissolvida deixando o débito nas mãos do Ente Público.

Nada obstante o enunciado do inciso V da Súmula 331 do e. TST[[1]](#footnote-1), pode o Ente Público requerer, no *iter* do processo cognitivo, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a fim de buscar no patrimônio pessoal dos seus sócios os valores correspondentes à prestação laboral devida?

Cediço é que a desconsideração da personalidade jurídica aplica-se quando inexistirem bens a serem penhorados em nome do devedor e consiste no redirecionamento dos atos de constrição patrimonial contra a pessoa física dos sócios atuais e pretéritos.

 Normalmente presume-se que a insolvência de fato da pessoa jurídica, somada à existência de patrimônio pessoal dos sócios, é resultado do abuso de sua personalidade jurídica.

 Para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica existem duas teorias, a saber: a) TEORIA MAIOR, prevista no artigo 50 do NCCB, quando houver, além do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, desvio de finalidade da empresa e confusão patrimonial; b) TEORIA MENOR, prevista no artigo 28 da Lei nº 8.078/90, que por suas características protetivas ao consumidor (parte hipossuficiente na relação de consumo assemelhada ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho) é amplamente aceita de forma subsidiária pelo processo do trabalho. Nesse caso, em especial o § 5º do artigo 28, do CDC especifica que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Aceita-se esse dispositivo para aplicação subsidiária no Direito do Trabalho.

 Como a responsabilidade do Ente Público, nas hipóteses de terceirização de serviços (Súmula 311, TST), é subsidiária, entende-se necessário o prévio esgotamento de todas as averiguações de bens da empresa terceirizada, para que o patrimônio público venha a responder pelo passivo trabalhista. Mas de regra, tem-se observado que as empresas terceirizadas, que vencem os processos de licitação, não possuem patrimônio e, pior, contratam com o Poder Público já com a intenção de burlar as leis trabalhistas e dissolverem-se de forma irregular sem o pagamento do seu passivo. Esse tipo de contratação, na qual o Poder Público é refém, gera enorme passivo ao patrimônio Público, ao passo que as empresas terceirizadas lucram inescrupulosamente com o não pagamento dos direitos trabalhistas aos seus colaboradores.

Essa atitude configura abuso da personalidade jurídica, pois afronta o princípio da função social da empresa[[2]](#footnote-2), o princípio da livre concorrência[[3]](#footnote-3), o princípio da proteção ao trabalhador[[4]](#footnote-4), dentre outros. Além disso, a própria ausência de patrimônio para garantir o passivo trabalhista implica na possibilidade de se levantar o véu da personalidade jurídica, antes de que o Patrimônio Público sofra as repercussões econômicas do proposital descumprimento das leis que regem a relação de trabalho.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, entende-se, destarte, que poderá o Poder Público, não obstante aos ditames do Enunciado da OJ nº 6 da SEEX do TRT da 4ª Região[[5]](#footnote-5), suscitar o “Incidente de desconsideração da Personalidade Jurídica”, previsto nos artigos 133 a 137 do NCPC, para fins de buscar, no patrimônio dos sócios das empresas terceirizadas, o pagamento do passivo trabalhista.

Como não há vedação pelo NCPC, é mister que esse incidente deva ser suscitado na fase cognitiva do processo, a fim de evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e, principalmente, ao Erário.

Essa iniciativa republicana poderá proteger o Patrimônio Público e resguardar os direitos dos trabalhadores, como será minuciado no decorrer do trabalho.

A ideia central deste artigo, portanto, é compatibilizar os princípios e regras de proteção ao patrimônio público com os princípios e regras que regem o Processo do Trabalho e a autonomia patrimonial das empresas, para fins de aplicação do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Para tanto, é necessário discorrer sobre a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, em especial sua aplicabilidade no Direito do Trabalho. Discorrer sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do Direito Processual do Trabalho, com foco específico no esgotamento da aferição patrimonial da empresa e seus sócios, antes de que se busque a responsabilidade subsidiária do Ente Público. Analisar essa possibilidade amparada pelo Novo Código de Processo Civil, que permite seja instaurado o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A metodologia empregada na pesquisa se concentrará em uma abordagem dedutiva, pela qual se baseará em dados bibliográficos, ou seja, na doutrina e jurisprudência que permeia o tema em questão.

1. **A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA**

Terceirização, segundo entendimento doutrinário, é a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária (interposta) entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes. É um procedimento administrativo que possibilita estabelecer um processo gerenciado de transferência, a terceiros, da atividade-meio da empresa, permitindo a esta concentrar-se na sua atividade principal.

Hoje, amplamente aceita, a terceirização do trabalho implica em diversas consequências no âmbito civil, tributário, comercial e, principalmente, no âmbito do Direito do Trabalho.

Para Godinho (2014, p. 452/454) a terceirização no Direito do Trabalho:

(...) é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhista, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista, o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes, a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, caput, e 3º, caput, da CLT.

De seu turno, assim se manifesta ROSSAL (2014, p. 401/402):

A terceirização possui natureza econômico/social e reflexos jurídicos. No plano dos fatos, diz respeito à técnica de organização empresarial, à busca de novas formas de captação de mão de obra para a atividade meio da empresa, ou mesmo algumas atividades-fim, ao aumento de competitividade da empresa, à redução de custos, às formas de gerenciamento de mão de obra e a outras situações fáticas que o fenômeno possa abranger'. No plano jurídico, a terceirização tem consequências jurídicas sobre as condutas adotadas pelas partes no mundo fático. As consequências jurídicas da terceirização não ocorrem apenas no plano das normas de Direito do Trabalho. É certo que, sendo uma técnica de gerenciamento de mão de obra, a preponderância será da incidência de normas relativas ao Direito do Trabalho como, por exemplo, formas de controle da execução dos serviços (subordinação direta e indireta), pagamento de salários, jornadas de trabalho etc. Entretanto, a relação da responsabilidade por eventuais inadimplementos, embora seja de competência da Justiça do Trabalho quanto aos créditos trabalhistas, pode ensejar uma série de questões jurídicas de natureza civil, cuja competência será da justiça comum. Assim, eventuais prejuízos causados pela empresa prestadora serviços à tomadora e vice-versa ensejarão a análise de questões como culpa, responsabilidade objetiva, risco, direito de regresso, solidariedade, subsidiariedade, entre outros. Portanto, tão importantes quanto as consequências jurídicas sob o ponto de vista do Direito do Trabalho são as consequências sob o ponto de vista do Direito Civil. Além disso, a terceirização tem outras consequências jurídicas, como, por exemplo, questões de direito tributário (base de cálculo de tributação, sujeito passivo etc.), de direito previdenciário (base de cálculo da contribuição previdenciária, tratamentos diferenciados — cooperativas etc.) e de direito comercial (composições societárias, limitações de responsabilidade, concordatas e falências — reflexos nos contratos envolvidos na terceirização). Outro ponto importante no dimensionamento do objeto é que não há qualquer regra a respeito, principalmente para estabelecer a responsabilidade das empresas envolvidas nessa transferência de atividade, ou determinação daquelas passíveis de subcontratação. Em face da omissão do legislador, encarregou-se o TST de aprovar a Súmula n. 331.

Considerando a ausência de uma melhor regulamentação legislativa específica, o e. TST formulou a Súmula 331, que regulamentou a questão da seguinte forma:

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 n.º 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.

Para os contornos deste estudo, visto que o um dos focos é a terceirização realizada pela Administração Pública, o e. TST grifou sua legalidade, delineando os seus contornos no sentido de que a contratação terceirizada é legal, se o serviço estiver ligado à atividade-meio ou estiver ligado ao serviço de vigilância, de conservação e de limpeza.

Contudo, estabeleceu que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, pelo empregador terceirizado, implicará na responsabilização subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Acresceu e delimitou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 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. Isto é, caberá, no *iter processual*, a comprovação de alguma das modalidades de agir culposo da Administração Pública, em especial a *culpa in vigilando*.

Não se está aqui tratando de vínculo empregatício com a Administração Pública (situação vedada pela CF/88), mas sim, de que a Administração Pública está obrigada a garantir os eventuais débitos trabalhistas, caso a empresa terceirizada não tenha patrimônio suficiente para tanto (responsabilidade subsidiária).

1. **A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A responsabilidade (em seus aspectos gerais) tem origem no Direito Civil e está ligada diretamente ao ato ilícito, às previsões especificadas em lei, ou ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O art. 769 da CLT dispõe que nos casos omissos, ou seja, naqueles em que não houver previsão na própria CLT, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Assim, a responsabilidade civil está consubstanciada no art. 927 do Código Civil (CC), *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ainda que a norma civilista não seja específica quanto às obrigações trabalhistas, de acordo com o disposto no art. 8º e art. 769 da CLT, o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada gera a responsabilidade subsidiária para o Erário na reparação da obrigação.

A responsabilidade subsidiária é, portanto, aquela que pressupõe o exaurimento da obrigação de um outro devedor, chamado de principal. Assim, havendo o exaurimento da aferição dos bens, ou qualquer impossibilidade de pagamento por parte do devedor principal, responde, pelo débito, o devedor subsidiário.

Esse cenário está bastante claro no âmbito da Jurisdição trabalhista, ainda que o responsável subsidiário seja a Administração Pública.

1. **REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Consoante visto alhures, para que o Ente Público venha a responder pelo débito do devedor principal é necessária a verificação de um requisito material e dois requisitos processuais (porque devem ser observados na relação processual ou procedimento).

O primeiro, no campo do direito material, é a apuração do agir culposo da Administração Pública. Não basta o inadimplemento do débito trabalhista, pela empresa terceirizada, deverá haver robusta prova do agir culposo da Administração na fiscalização da prestadora de serviços, quanto ao cumprimento das leis trabalhistas e previdenciárias (culpa *in vigilando*).

O segundo, é a necessidade de que Administração Pública, na condição de devedora subsidiária, faça parte do título executivo judicial, que configura a materialização da pretensão deduzida em juízo pelo trabalhador. Essa exigência (que consta no inciso IV da Súmula do e. TST) decorre da necessidade de proporcionar, à parte que está sendo chamada a responder subsidiariamente pelo débito, a ampla defesa e o contraditório, inerentes em todo e qualquer processo (nos termos explícitos do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

O terceiro, é uma decorrência do próprio instituto da responsabilidade subsidiária, qual seja, a averiguação prévia e total acerca da existência do patrimônio do reclamado principal. Aqui difere-se da responsabilidade solidária, pois, enquanto o responsável subsidiário se obriga somente quando o devedor principal não tiver condições de arcar com toda ou parte da dívida, o solidário, por seu turno, se obriga em condições de igualdade ao devedor principal. Portanto, necessariamente haverá, durante o procedimento, um sério e prévio esgotamento de todas as alternativas de pesquisa de bens do devedor principal.

É importante ressaltar que cumpre ao Poder Judiciário a utilização de todos os mecanismos de que dispõe para fins de pesquisa de bens da empresa (e. g. BACEN/JUD, RENA/JUD, RECEITA FEDERAL, etc.), bem assim ao responsável subsidiário cumpre também diligenciar na tentativa de obter dados sobre possíveis bens em nome do devedor principal.

A questão que se se tem observado no “dia a dia” forense é da total inadimplência do devedor principal, quando da fase de execução do julgado. E, mais, observa-se, também, que raramente as empresas terceirizadas são encontradas nos endereços que constam de seus cadastros comerciais ou fiscais. Essas empresas, na generalidade das demandas trabalhistas, sequer apresentam defesa, tornando-se revéis.

Responde o Ente Público, na grande parte das reclamações trabalhistas, com seus recursos, para garantir as condenações, em sua condição de responsável subsidiário.

Nesse caso, já na instância executiva do procedimento, o e. TRT da 4ª Região, por meio da Seção Especializada em Execução, editou a Orientação Jurisprudencial nº 6, que dispõe:

É cabível o redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário, inclusive ente público, quando insuficientes os bens do devedor principal, não sendo exigível a prévia desconsideração da personalidade jurídica, com o consequente redirecionamento da execução contra os sócios.

Essa orientação da SEEX do e. TRT da 4ª Região torna prescindível, para que o Patrimônio Público venha a ser responsabilizado, a prévia desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal. Para o referido Tribunal, destarte, a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, ainda que a lide tenha Entidade Pública no seu polo passivo, não é pressuposto da responsabilização subsidiária.

1. **PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O PROCESSO DO TRABALHO**

 Para o vernáculo, princípio significa o momento em que alguma coisa tem origem ou começo; significa, também, teoria, conceito.

 Para o Direito, muitos conceitos e teorias tentam estabelecer algo definitivo sobre a significação e o significado da expressão “princípio”. Sem avançar por este difícil tema, será adotada a definição de SÜSSEKIND (1999, p. 56), sem embargo de eventuais críticas:

Princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões.

Para o alcance deste artigo, é importante referir, ainda que de forma perfunctória, o *Princípio da* *Proteção*, que é o mais importante princípio do Direito do Trabalho, e que visa dar ao trabalhador (parte hipossuficiente na relação de trabalho) uma proteção jurídica mínima.

No dizer de ROSSAL (2014, p. 140), o Direito do Trabalho e o princípio da proteção, em especial, protegem o sujeito empregado, em detrimento do sujeito empregador, como forma de compensar, juridicamente, o desequilíbrio econômico existente entre os sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador). Essa compensação ou nivelamento jurídico se dá por meio de normas imperativas ou cogentes que restringem a autonomia da vontade dos sujeitos, estabelecendo limites jurídicos mínimos e máximos e precisam ser necessariamente observados pelos contratos individuais de trabalho, pelas normas coletivas de trabalho e pelas demais fontes formais de Direito do Trabalho.

Além desse importante princípio, evidenciam-se alguns princípios de ordem processual, que ao princípio da proteção se coadunam. Tem-se, pois, o princípio do *Devido Processo Legal* (Art. 5º, LIV e LV CR/88), ou seja, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O *Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo* (Art. 5o, inc. LXXVIII, CR/88), ou seja, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O *Princípio da Economia Processual*, pelo qual busca-se obter da prestação jurisdicional o máximo de resultado com o mínimo de esforço, evitando-se dispêndios desnecessários para os jurisdicionados. O *Princípio da Finalidade Social*, para o qual na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LICC, lei n. 4.657/1942, art. 5º).

1. **DO INTERESSE PÚBLICO**

 A função de administrar os interesses confluentes da sociedade pressupõe um dever jurídico que deita suas bases no atendimento ao interesse público.

 A palavra interesse designa desejo de alguém sobre algo ou situação. Tem sua origem na palavra latina “*intersum*” que significa *estar entre*. Assim, o interesse está entre a pessoa e o objeto desejado.

 O interesse público, portanto, está dentro de um contexto almejado pelo Estado de Direito, ou seja está ligado à sua existência e finalidade. Seu significado é amplo, constituindo matéria de grande dificuldade para a doutrina. Muito embora amplo, a melhor definição de interesse público é aquela que se refere ao povo, ou melhor, aos interesses do povo, da sociedade como um todo. São os interesses do Estado, mas não de determinado indivíduo ou governança. É interesse público aquele que dá existência e conformação ao Estado, e a ele traz o ônus de ser seu guardião e tutor.

1. **DO PATRIMÔNIO PÚBLICO**

A Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.6.65) define patrimônio público, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta. Segundo a definição da lei, o que caracteriza o patrimônio público é o fato de pertencer ele a um ente público – a União, um Estado, um Município, uma autarquia ou uma empresa pública, por exemplo.

Trata-se de uma acepção restritiva do termo, que considera que o patrimônio público é formado pelos bens públicos, definidos no Código Civil como sendo os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, diferençando-os, portanto, dos bens particulares (artigo 98).

Esses bens públicos, de acordo com o Código Civil, são, entre outros, os rios, mares, estradas, ruas e praças (bens de uso comum do povo), edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (bens de uso especial) e outros bens pertencentes a cada um dos entes públicos (bens dominicais).

Numa acepção mais ampla, porém, patrimônio público, é o conjunto de bens e direitos que pertence a todos e não a um determinado indivíduo ou entidade. De acordo com essa visão, o patrimônio público é um direito difuso, um direito transindividual, de natureza indivisível de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelo fato de serem cidadãos, serem o povo, para o qual o Estado e a Administração existem.

Nesse sentido, o patrimônio público não tem um titular individualizado ou individualizável – seja ele ente da administração ou ente privado – sendo, antes, de todos, de toda a sociedade.

A defesa do patrimônio público está intimamente ligada à proteção do interesse público, máxime quando em confronto com interesses individuais ou particulares. É imprescindível, antes de mais nada, destacar que, quando se fala em *princípio da indisponibilidade do interesse público*, tem-se o interesse público em seu sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses do povo em geral.

1. **O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

 Sem embargo da polêmica administrativista, grande parte da doutrina e jurisprudência sustentam a existência do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. Trata-se de um dos pilares básicos do direito administrativo, ao lado do *princípio da indisponibilidade do interesse público*. Implica no sacrifício dos direitos individuais em prol do interesse de toda a comunidade (sociedade).

 Na dicção de GASPARINI (p. 18, 2002):

No embate entre o interesse e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (*Tratado*, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo pode-se imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.

 Enfim, DI PIETRO (pp. 62-64, 1997) sustenta que o princípio da supremacia do interesse público é o alicerce funcional do Estado, pois, além de mostrar-se inserido no próprio conceito de serviço público, também constitui fundamento ou base tanto para a atividade de fomento, como para o poder de polícia do Estado e para a atividade intervencionista estatal no domínio econômico, ou seja, está presente em todas as funções administrativas. A jurista sustenta que a negativa da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado equivale à negativa da própria finalidade do Estado, na defesa dos interesses e do bem-estar da sociedade.

1. **PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

 Para GOMES (2012), a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público são as pedras de toque do Direito administrativo.

A indisponibilidade do interesse público apresenta-se como a medida do princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem firmar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja.

Por sua vez, DI PIETRO (p.63, 1997) registra com propriedade a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública – está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1995: 31-33) “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. Mais além, diz que “**as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização.** Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.

1. **A ATIVIDADE EMPRESARIAL**

 O Novo Código Civil, em seu artigo 996, trouxe novo conceito de atividade empresarial. Ou seja, para o NCCB empresário é considerado como a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante. A ressalva à caracterização do empresário constante do § único do art. 966 do NCC exclui desse conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

Por sua vez, LUCENA (2013) conceitua sociedade empresária como:

(...) aquela que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constituindo elemento de empresa. A figura da organização produtiva em que aparece o empresário (individual) ou a sociedade empresária tem proteção normativa constitucional, como o princípio constitucional da ordem econômica, a teor do que consta dos artigos 170 a 192 da Carta Magna de 1988 e o princípio da livre iniciativa. Importa afirmar que mesmo considerando que a liberdade de iniciativa é que impulsiona a atividade econômica e determina as relações de mercado, deve ser observado que a autonomia da empresa deve atender ao princípio da ordem econômica, que deve estar em harmonia com as diretrizes estabelecidas nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal, designadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

 Vê-se, desta forma, que a sociedade empresária, além de sua importância como fator de desenvolvimento econômico, aparece comprometida com a imperiosa necessidade de garantir o compromisso de sua função social em face do regramento jurídico estabelecido e da eventualidade de condutas ilícitas perpetradas por ela.

1. **PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL**

 Para a existência da pessoa jurídica, com personalidade jurídica própria e distinta das pessoas físicas que a compõe (sócios), é necessário que haja um contrato social que a crie e seu registro em Junta Comercial. Assim, cumprindo a sociedade empresária com os formalismos exigidos pela lei civil e comercial, terá plena proteção normativa constitucional, oportunizando o pleno exercício da atividade econômica – com existência e validade -, já que sendo a sociedade uma pessoa jurídica dotada de personalidade própria, o ordenamento jurídico lhe confere capacidade e competência para possuir patrimônio próprio, dissociado do patrimônio dos sócios que a instituiu.

1. **A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

 A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida processual na qual despreza-se a autonomia patrimonial da Empresa em detrimento do patrimônio particular dos seus sócios, para que se possibilite o cumprimento de determinadas obrigações pecuniárias, com a finalidade de evitar sua utilização de forma indevida, ou quando esta autonomia for obstáculo ao ressarcimento devido ao consumidor ou trabalhador.

Com LUCENA (2013), pode-se afirmar que:

(...) a desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo que tem aplicação quando o princípio da autonomia patrimonial não é perseguido pela sociedade empresária, a partir do qual a regra que institui um comando proibitivo terá seus efeitos concretizados, afastando-se os efeitos da personalização, em face da caracterização do abuso de personalidade.

Por sua vez, MARCELO NAVARRO, quando do voto proferido no AI nº 133059/RN, TRT da 5ª Região, assim manifestou-se:

O valor que a personalização das pessoas jurídicas tem para o direito, e o progresso e o desenvolvimento, sobretudo econômico, que com isso se alcança, tem um grande peso. Quando esse valor conflitar com outros, v.g., a satisfação dos credores, ter-se-á de fazer opção pelo mais importante. Em geral os benefícios trazidos pela existência da pessoa jurídica prevalecem, por isso que normalmente prepondera a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, e que esta cederá espaço.

 Muito embora o Princípio da Autonomia Patrimonial tenha extrema importância no meio econômico (e jurídico), o mesmo não é absoluto podendo ser manipulado na realização de fraudes. Como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Nesse caso, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a fim de que os bens dos sócios possam responder pelos débitos da empresa (nesse sentido, artigo 50 do NCC e 28 do CDC).

1. **DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL APLICADO AO DIREITO DO TRABALHO**

 O e. TST, por meio de sua Instrução Normativa n. 39/2016, posicionou-se pela admissão, no processo trabalhista, do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137, *verbis*:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

(...)

Art. 6° Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

(...)

 Ainda que a matéria em si não esteja pacificada, para o escopo finalístico do *Princípio da Proteção ao Trabalhador, e dos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório*, entende-se aplicável o novel instituto da Desconsideração da personalidade Jurídica no âmbito da jurisdição obreira.

 Nesse sentido leciona com propriedade LUCENA (2012):

Se o Direito Processual do Trabalho foi o único ramo, mormente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que teve algum impulso, mormente para, no que diz respeito à competência da Justiça do Trabalho, o trato largo de matérias referentes a desconsideração da personalidade jurídica, o Poder Judiciário tem, a responsabilidade enorme de, no que for possível, batalhar para a sua aplicação de forma linear conformadora de uma posição sem antagonismo jurisprudencial, adotando uma visão prospectiva, e não formalista, livre das rédeas dos normativos estatais, em face da constatação de que a regra – categorias jurídicas disciplinadas no art. 50 do C.C e art. 28 do CDC -, uma vez violada, o suporte fático da norma se concretiza, para com base no princípio da proteção tutelar, *in dúbio pro operarium*, e ante a natureza alimentar da verba trabalhista e pelo fato de que o risco da atividade econômica ser, única e exclusivamente, do empregador, alcançar o patrimônio do sócio para garantir os créditos trabalhistas do hipossuficiente.

1. **O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO MÉTODO HARMONIZADOR DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR, DA AUTONOMIA PATRIMONIAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

 Os aspectos relativos ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica e seu cabimento no âmbito da jurisdição trabalhista já foram explanados alhures. Todavia, as discussões e conclusões sobre o tema, até então observados na doutrina e jurisprudência, não abordam a desconsideração incidental como meio de defesa, pelo Réu.

 Existe, contudo, a OJ nº 6 da SEEX do e. TRT da 4ª Região andando em sentido inverso, ou seja, contrário aos interesses da reclamada/Administração Pública, pois sua aplicação resume-se, s.m.j., à fase executiva das Reclamações Trabalhistas. Além disso, os julgados que deram suporte ao referido entendimento são anteriores ao novo CPC e não têm, em seu bojo, a discussão do interesse público adjacente.

 Não há dúvida de que a exigência de licitação para a contratação de serviço terceirizado, pela Administração Pública, tem indiscutível caráter republicano, bem assim, está em absoluta conformidade com a proteção do interesse e do patrimônio público.

 Aliás, a própria lei de licitações prevê:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no [art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm#art31....)

 Ainda que a Justiça Obreira, a partir da Súmula 331 do e. TST, harmonize o texto da Lei Licitações com o princípio da proteção ao trabalhador, há total possibilidade de serem observados os princípios da proteção e indisponibilidade do patrimônio público e o princípio da supremacia do interesse público no âmbito das Reclamatórias Trabalhistas.

 Estreme de dúvidas, para a Administração Pública existe uma instância administrativa obrigatória, quando pretenda obter serviços terceirizados. A obrigação de licitar limita a ação do administrador, obrigando-o a contratar empresas pelo menor custo. Vislumbra-se, pois, nítida aplicação do princípio da indisponibilidade e proteção ao patrimônio público. Observada tal premissa jurídica, ao aplicador do direito caberá a tarefa de ponderar os interesses para ser justo em suas soluções.

Para o Professor Ricardo Guastini (ÁVILA, p. 17, 2015):

Ainda, costuma-se dizer que os princípios, ao contrário das regras, estão sujeitos a ponderações toda vez que entrarem em conflito. O conflito entre duas regras incompatíveis seria resolvido considerando uma dessas, segundo o caso, inválida (*lex superior*), revogada (*lex posterior*) ou derrogada (no sentido de *defeated*: *lex specialis*). O conflito – a “colisão”, para dizê-lo com Alexy – entre princípios, por outro lado, não poderia ser resolvido a não ser “medindo”, à luz do caso concreto, o “peso”, o valor axiológico dos princípios em questão, desaplicando-se o de menor peso.

 Para esse fim é necessário utilizar o critério da *adequação* (o meio utilizado deverá promover o fim – considerado como um estado desejado de coisas – menos restritivos ao princípio Republicano de Proteção ao Interesse/Patrimônio Público). Igualmente, o operador do direito deverá observar o critério da *necessidade* – no sentido de que envolve a verificação da existência de meios alternativos, àquele previamente escolhido pelo Poder Executivo ou Legislativo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Finalmente, haverá de ser observado o critério da *proporcionalidade em sentido estrito* – ou seja, é a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos; em outras palavras, quando o meio adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo, causa, como efeito colateral, eventual restrição ou possibilidade de restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Ao assim realizar a tarefa de ponderação – de eminente caráter subjetivo -, um interesse maior poderá preponderar sobre outro, mas sem que haja qualquer dimensionamento de hierarquia. Apenas serão harmonizados para que haja uma solução mais justa ao caso.

1. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As reflexões contidas neste ensaio buscam breve análise sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no novo CPC, como medida de proteção do patrimônio público. Observou-se, nas alternativas que o novo CPC confere, a possibilidade de a Justiça Obreira afastar a figura da personificação jurídica da empresa (no caso terceirizada), a fim de permitir o resguardo do direito do trabalhador e do patrimônio público, sempre que forem verificadas, no *iter* processual, as hipóteses do não cumprimento das leis trabalhistas, bem assim forem verificadas a dissolução irregular ou a ausência de bens da empresa terceirizada.

Para tanto, foram analisados os diversos princípios e regras que são aplicados pela Justiça Obreira, seja como importante meio de proteção ao trabalhador, seja como meio de proteção à personalidade jurídica das empresas.

Além desses princípios, foram observados os princípios e regras que norteiam o atuar da Administração Pública, em especial no momento em que necessitam contratar empresas para prestar serviços terceirizados.

Constatou-se, no decorrer do presente ensaio, que a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil, é amplamente aceito pela Justiça Obreira, nos casos em que arguido pelo Autor.

Porém, é mister, como meio Republicano de Proteção ao Patrimônio Público, que esse novel instituto possa ser aplicado também pelo Réu/Estado, quando detectada a insolvência, revelia ou dissolução irregular da empresa terceirizada.

Aliás, o incidente de descortinação da pessoa jurídica poderá ser requerido como meio de defesa, ainda que no *iter* do processo de cognição, pois poderá resultar inócuo, em razão do fator tempo, que se espere a fase de execução do julgado.

Permitir à Administração Pública suscitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que haja nítida comprovação de abuso da personalidade jurídica da empresa (devedora principal), na fase instrutória do processo trabalhista é medida de suma cautela relativa ao patrimônio público. Para tanto, deve haver um aprimoramento das instâncias jurisdicionais trabalhistas quando se depararem com questões que possam, de alguma forma, implicar na flexibilização dos princípios trabalhistas e da autonomia patrimonial da empresa, em detrimento do interesse público.

1. **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5ª Região. Acórdão em Agravo de Instrumento nº 133059/RN. *In*: **Diário da Justiça Eletrônico TRF5**. Disponibilizado em 16/06/2014. Relator Desembargador Federal NAVARRO, Marcelo.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho**, Súmula 331.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho, 4ª Região. Orientação Jurisprudencial nº 6. Disponibilizada no **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** dias 13, 14 e 15.6.2012, considerada publicada nos dias 14, 15 e 18.6.2012.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *In*: **Diário Oficial da União** de 22/06/1993, p. 8269.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. *In*: **Diário Oficial da União** de 17/03/2015, p. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella;

\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In*: **Diário Oficial da União** de 11/01/2002, p. 1.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 16ª ed. Malheiros, 2015.

DE ARAÚJO, Francisco Rossal; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do Trabalho I**. São Paulo: LTr, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Atlas, 1997.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Saraiva, 2002.

GOMES, Luis Flavio. O que se entende pela indisponibilidade do interesse público? *In*: **Jusbrasil**. 2011.

Disponível em:

<<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922808/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico>>

Acesso em: Maio de 2016

LUCENA, Armando de Sousa. Aspectos da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho - um estudo de sua realização no plano da eficácia jurídica. *In*: **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, Universidade Federal de Santa Catarina**, 28 de maio de 2013. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-da-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-juridica-no-%C3%A2mbito-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-um-e>

Acesso em Maio de 2016.

MOYSES, Natália Hallit. A utilização da regra da proporcionalidade como forma de concretização do princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse privado. *In*: **Boletim de administração pública e gestão municipal**. Disponível em:

<aref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1000994656">

Acesso em: maio 2016.

PEREIRA, Marcelo Caon. Aulas Ministradas. IMED. Primeiro Semestre de 2016. Passo Fundo. *In*: **Portal IMED**. Abril 2016.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 97-98, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

1. 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 8.666/93, 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. O sentido aqui é o de compromisso com a sociedade e com os trabalhadores, servindo como instrumento de política social, proporcionando trabalho, renda, fonte de sobrevivência dos cidadãos. [↑](#footnote-ref-2)
3. Na Constituição Federal brasileira em vigor o princípio da livre concorrência é um dos balizadores necessários para que a livre iniciativa possa corretamente atender à sua função social. Esse princípio impõe obrigações positivas e negativas aos agentes econômicos. Se de um lado permite a adoção de quaisquer técnicas lícitas de conquista de mercado – para o que conta com a neutralidade do Estado –, de outro proíbe (e pune, se for o caso) a utilização de meios que falseiem a livre competição. [↑](#footnote-ref-3)
4. Esse princípio proporciona ao trabalhador, assalariado e subordinado, uma proteção jurídica mínima. [↑](#footnote-ref-4)
5. É cabível o redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário, inclusive ente público, quando insuficientes os bens do devedor principal, não sendo exigível a prévia desconsideração da personalidade jurídica, com o consequente redirecionamento da execução contra os sócios. [↑](#footnote-ref-5)