

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENATA DEVENS VIEIRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
COMO A INTRODUÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFETARÁ A PRÁTICA DOS
TRIBUNAIS TRABALHISTAS**

VITÓRIA

2018

RENATA DEVENS VIEIRA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
COMO A INTRODUÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFETARÁ A PRÁTICA DOS
TRIBUNAIS TRABALHISTAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para graduação no curso de
bacharelado em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Ivana Bodenesi.

VITÓRIA

2018

RENATA DEVENS VIEIRA

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
COMO A INTRODUÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFETARÁ A PRÁTICA DOS
TRIBUNAIS TRABALHISTAS

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito parcial para graduação no curso de bacharelado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Ivana Bodenesi
Faculdade de Direito de Vitória – FDV
Orientadora

Prof. (nome)
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

AGRADECIMENTOS

À minha família, gostaria de agradecer por todo o apoio dado em todas as fases da minha vida, tanto afetivo quanto financeiro, sem o qual não seria possível as minhas conquistas acadêmicas. Em especial gostaria de agradecer ao meu tio Ímero Junior Devens, por toda a ajuda e paciência que teve comigo durante toda a faculdade com as minhas inúmeras ligações com dúvidas.

Ao meu eterno chefe e responsável Dr. Antônio Carlos Silva, gostaria de agradecer todas as dicas, puxões de orelha, apoio acadêmico e amizade durante o tempo que estagiei no escritório CCDM.

Ao meu namorado Allan Bielkin pela compreensão e apoio durante a reta final da faculdade, gostaria de agradecer também. E por fim, e mais importante, ao meu avô Ímero Devens, que sempre foi o meu maior exemplo tanto de ser humano, quanto de jurista, e me incentivou a trilhar o caminho do Direito.

RESUMO: Este estudo buscou traçar um raciocínio histórico do surgimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, surgindo primeiramente nas jurisprudências inglesa, e jurisprudência americana com o intuito de impedir que o instituto da personalidade jurídica fosse utilizado para perpetrar fraudes contra credores, e, no Brasil, o instituto é utilizado como forma de garantir que a função social da propriedade seja respeitada. Na segunda parte do presente estudo, buscou-se definir as teorias que permeiam o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sendo estas a teoria maior que pressupõe confusão patrimonial, ou desvio da finalidade da pessoa jurídica, e, a teoria menor, que apenas o mero inadimplemento da pessoa jurídica já bastaria para desconsiderar o ente jurídico. A segunda teoria é a utilizada massivamente na relação trabalhista, e tendo sido implementado o incidente da desconsideração da personalidade jurídica no NCPC, com obrigatória observância do procedimento pela CLT, acredita-se que a teoria menor poderia estar ameaçada no âmbito do Direito do Trabalho. Com o fim de constatar quais foram as mudanças na prática trabalhista desde a inserção da norma do artigo 855-A na CLT, foram entrevistados alguns juízes lotados no fórum trabalhista de Vitória para responder a pergunta. Por fim, no último capítulo, foram demonstrados alguns pontos positivos da mudança legislativa, quais sejam, a maior segurança jurídica ao empregador, o incentivo ao empreendedorismo decorrente de tal mudança legislativa.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica; Reforma Trabalhista; Prática Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	09
1.1 UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	09
1.2 A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO NO BRASIL E FINALIDADE.....	13
1.3 O SURGIMENTO DO INCIDENTE PROCESSUAL NO NOVO CPC.....	16
2 A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO TRABALHISTA.....	18
2.1 AS RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA SEARA TRABALHISTA.....	18
2.2 A EXECUÇÃO TRABALHISTA E AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CASO CONCRETO	20
2.3 O INTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTES E DEPOIS DO NCPC.....	22
2.4 OBSTÁCULOS AO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO.....	27
2.5 A VISÃO DE JUÍZES DO FÓRUM TRABALHISTA DE VITÓRIA/ES SOBRE OS REFLEXOS, DA APLICAÇÃO DO INCIDENTE, NA PRÁTICA FORENSE..	31
3 PONTOS POSITIVOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA E O QUE PODE SER FEITO PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39

REFERÊNCIAS	42
APÊNDICE A - TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA, LOTADO NA 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES.....	45
APÊNDICE B – TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ FÁBIO EDUARDO BONISSOM PAIXÃO, LOTADO NA 14ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES	47
APÊNDICE C - TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ GUILHERME PIVETI, LOTADO NA 6ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES.....	51

INTRODUÇÃO

A introdução da Lei nº 13.105 de 2015, que regulamenta o Novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico, trouxe profundas transformações não apenas no âmbito do Direito Civil, como também em todas as matérias em que é utilizado subsidiariamente, por se tratar de direito comum.

O tema “desconsideração da personalidade jurídica” foi abordado no aludido diploma, e, pela primeira vez ganhou um procedimento específico para o direito processual, pois até então se restringia às legislações materiais.

A significativa inovação, contudo, apresentou grandes incompatibilidades com o procedimento até então realizado pela Justiça Trabalhista, que utiliza o instituto da desconsideração como regra, e quase de modo automático ao inadimplemento na fase executória.

A negativa por parte dos juízes do trabalho a aplicar a regra processual, não teria mais razão de ser, pois a Lei nº 13.467 de 2017, que introduziu o artigo 855-A na CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943) com o advento da reforma trabalhista, trouxe um comando expresso de obrigatoriedade de utilização do incidente processual do NCPC.

Portanto, a temática do presente trabalho gira em torno da seguinte indagação: como a introdução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica afetará a prática dos tribunais trabalhistas?

O tema abordado é de importante relevância pratico-profissional visto que se trata de uma matéria da prática advocatícia e magistral, que pretende debater como será a condução do processo na seara trabalhista, com a recente inclusão do capítulo de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC (Lei nº 13.105/2015).

O motivo do interesse neste tema tão atual, é justamente o paradoxo entre a prática dos tribunais trabalhistas atuais, e a chegada do novo Código de Processo Civil que deve ter aplicação subsidiária no direito do trabalho.

Ademais, serão discutidos, o surgimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no mundo, e no direito brasileiro, a prática dos tribunais trabalhistas em relação ao tema, a obrigatoriedade da aplicação subsidiária do NCPC (Lei nº 13.105/2015) à CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943), e por fim formas de garantir a eficácia da execução, ainda que o réu deva ser citado anteriormente a decisão liminar.

Para tanto, parte-se de um estudo bibliográfico para demonstrar como o incidente presente no NCPC (Lei nº 13.105/2015) deverá ser utilizado de forma sistêmica no âmbito trabalhista. Neste sentido, realiza-se uma pesquisa de campo através de entrevistas, no que tange a aplicação da nova regra processual no reduto pesquisado, qual seja, o fórum trabalhista de Vitória/ES.

Com o objetivo de estabelecer os limites da pesquisa, o objeto do estudo se valerá do método sistêmico, em que se busca elementos básicos de um modelo de organização, e como estes elementos básicos, reagem através da interação com elementos externos ao sistema. O sistema utilizado na pesquisa é o conjunto de normas trabalhistas, e a reação destas normas perante a prática enraizada dos juízes do antigo procedimento utilizado.

Neste sentido, para comprovar de que modo se dará a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos tribunais trabalhistas, será utilizado o método auxiliar experimental para chegar às conclusões pretendidas com a pergunta de pesquisa.

O experimento feito procura responder a questão inerente à como está sendo a transição da prática antiga – que não havia regulamentação na lei – para a nova prática instituída pela lei. Para tanto, serão expostas as práticas dos próprios juízes trabalhistas do fórum de Vitória/ES, que responderão um questionário com as mesmas perguntas, para se chegar a conclusão almejada.

1 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:

A razão que permeia a existência da pessoa jurídica, nasceu da necessidade ou conveniência de indivíduos unirem esforços e utilizarem recursos coletivos para realizar objetivos comuns, portanto, unindo a organização de pessoas e bens com o reconhecimento do direito, passou-se a atribuir personalidade própria ao grupo, formando a pessoa jurídica (GONÇALVES, 2012, p. 216).

A personalidade jurídica surgiu a partir dessa necessidade de se criar uma ficção jurídica que seria denominada de “personalidade jurídica”, ou “pessoa jurídica”, para diferenciar a sociedade comercial dos sócios que a compõem, deste modo, a sociedade poderia ser definida como um “novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir sua vontade (REQUIÃO, 2014, p. 471).

Sob uma outra perspectiva, a autora Hilda Baião Ramirez (2017, p. 117), sintetiza a sua definição sobre o surgimento da pessoa jurídica e os interesses envolvidos na sua concepção, desta forma: “Surgiu da necessidade da captação da poupança pública para proporcionar o crescimento econômico através das grandes empresas”.

A teoria, contudo, apresentou algumas falhas com o passar do tempo. Um dos grandes problemas encontrados foi a má fé de algumas pessoas que passaram a se utilizar da pessoa jurídica para perpetrar fraudes contra credores, pois como o patrimônio da pessoa jurídica diferia do patrimônio de seus sócios, os últimos não poderiam ser atingidos pela insolvência do primeiro.

A partir do insucesso da experiência prática, nasceu o instituto da Desconsideração da Personalidade jurídica.

Com o objetivo de superação da personalidade jurídica, surgiu uma tese no direito comercial, que surtiu grande influência principalmente na Itália e Alemanha, que é conhecida como *Disregard of Legal Entity*, na qual pretendia penetrar na sociedade comercial, desconsiderando a personalidade jurídica para atingir e vincular a responsabilidade aos sócios (REQUIÃO, 2014, p .476).

A teoria surgiu na jurisprudência inglesa, em um caso muito conhecido, que ocorreu por volta do ano de 1897, no precedente *Salomon vs. Salomon & Co*, em que o sócio majoritário tentou se utilizar da pessoa jurídica para perpetrar fraudes contra credores, que faziam negócios com a empresa em erro pois acreditavam estar realizando negócios com a própria pessoa física (SERICK apud REQUIÃO, 2014, p .476).

O fato ocorrido no final do século XIX, se deu em razão de um comerciante chamado Aron Salomon, que criou uma companhia conjuntamente com outros 6 membros de sua família, na qual cedeu seu fundo de comércio para a companhia recebendo em contrapartida vinte mil ações representativas de sua contribuição, no valor de dez mil libras esterlinas em obrigações garantidas. Os seus sócios, no entanto, receberam uma ação apenas para integração do fundo de comércio na nova sociedade, que mais tarde demonstrou-se irresolúvel, tendo em vista que não havia saldo ativo suficiente para quitar as obrigações garantidas, levando a empresa à falência e nada restando aos credores quirografários (SERICK apud REQUIÃO, 2014, p .476).

Em juízo, o liquidante sustentou que as atividades realizadas pela empresa eram em interesses de Salomon, e que teria utilizado artifícios para se desonerar da responsabilidade, pedindo para que Salomon fosse condenado ao pagamento dos débitos da sociedade através de seu crédito privilegiado. Em primeira instância o pedido foi acolhido, e, apesar de posteriormente a decisão ter sido reformada pela casa do Lordes, surgiu pela primeira vez na jurisprudência a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (SERICK apud REQUIÃO, 2014, p. 477).

Já nos Estado Unidos, um esboço do que viria a ser a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu um pouco antes do que na literatura inglesa, tendo sido o precedente mais famoso da chamada *Disregard Douctrine* em 1809.

O caso *Bank of United States x Deveaux* conduzido pelo juiz Marshall, ficou conhecido pois foi retirado o véu protetor da personalidade jurídica da sociedade do *Bank of United States*, para considerar características pessoais de seus sócios, que eram estrangeiros, fixando a competência para julgar à *Federal court*, considerando que a corte era materialmente competente nesse caso. (MARINHO, 2015, p.34).

Contudo, ainda que a desconsideração tenha surgido primeiramente na Inglaterra e nos Estados Unidos, quem realmente sistematizou a teoria foi Rolf Serick em sua tese de doutorado na Universidade de Tubigen na Alemanha. O trabalho de Serick diferentemente de outros doutrinadores, buscava a razão prática do instituto, isto é, tinha a intenção de determinar os critérios que buscavam a aplicação da teoria, considerando que a desconsideração deveria ser uma regra-exceção, a fim de prestigiar o princípio da autonomia (MARINHO, 2015, p. 36).

No direito brasileiro, a teoria da personalidade jurídica, sinteticamente, foi uma ideia introduzida por Teixeira de Freitas em um esboço do Código Civil, descreveu em seu artigo 272, que, “Todos os entes suscetíveis de aquisição de direito, que não são pessoas de existência visível, são pessoas de existência ideal” (REQUIÃO, 2014, p .473).

O conceito da desconsideração da personalidade, que atualmente ganhou o status de incidente processual no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), surgiu no Direito Brasileiro aos poucos, primeiramente apareceram artigos tratando do tema no CTN (Lei nº 5.172/ 1966) e no CDC (Lei nº 8.078/1990), entretanto, sua aplicação já ocorria anteriormente, segundo ensinamento de Barros (2018, p. 413):

No Código Civil de 1916 e no Código Comercial de 1850 não existiam dispositivos legais consagrando a desconsideração da personalidade jurídica. Destarte, sua aplicação foi fruto do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, amparados em construções oriundas do direito comparado.

Contudo, o argumento legitimador da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no território brasileiro e que permite que o procedimento exista e esteja integrado com as demais normas infraconstitucionais se encontra na Carta Constitucional de 1988.

A aplicação do instituto, sem dúvidas, apenas se torna possível tendo em vista que o fundamento autorizador das normas infraconstitucionais é o artigo 170 da Constituição Federal da República (BRASIL,1988), que preleciona que:

Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

A desconsideração além de se pautar na função social da propriedade, deve ter como base também o próprio direito à propriedade que está previsto no artigo 5º, inciso XXII, também da Constituição Federal (BRASIL,1988), considerando que a pessoa jurídica é uma propriedade dos sócios, e que deve cumprir sua função social, esta também merece proteção às possíveis violações.

Seguindo a linha de pensamento já explanada, de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida agressiva, e que não deve ser aplicada sem o respectivo contraditório, segundo lição de Dalazen (2017):

[...] se o processo, por definição, é o instrumento apto à realização concreta dos direitos, sobretudo, dos direitos fundamentais, inconcebível e intolerável um processo digno desse nome em que se prive uma pessoa do direito de propriedade sem que antes lhe sejam asseguradas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal.

Neste ínterim, tal qual a criação da desconsideração da personalidade jurídica se deu para assegurar que a função social da propriedade seja preservada, o instituto não pode ser banalizado, correndo o risco de surtir efeito contrário ao desejado.

1.2 A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO NO BRASIL E FINALIDADE

A doutrina da superação da personalidade possui duas vertentes que são utilizadas para promover a retirada do véu da pessoa jurídica, quais sejam, a Teoria Maior e a Teoria Menor.

Ambas as vertentes possuem a mesma finalidade e são aplicadas no Brasil, entretanto, há a necessidade de ser feita a classificação pois os requisitos para alcançar uma ou outra diferem.

A aplicação da Teoria Maior, segundo MARINHO (2015 p. 39) pressupõe o “preenchimento de condições legais mais robustas, tais como o abuso da personalidade jurídica, caracterização do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial”. A teoria está presente na literatura jurídica, no artigo 50 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Na lição de Andrade Júnior (2018, p. 395) “O desvio de finalidade verifica-se quando os sócios utilizam da autonomia do ente coletivo para se esquivarem de obrigações legais, contratuais ou mesmo da responsabilidade executiva”. Portanto, a utilização da desconsideração é um meio de garantir que a pessoa jurídica seja utilizada para os fins aos quais se destina.

O doutrinador Andrade Junior (2018, p. 395), traz a definição ainda a respeito da confusão patrimonial que também é um dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. “A confusão patrimonial, está ligada ao desrespeito à separação dos patrimônios da sociedade e dos sócios. O ente jurídico paga a contas pessoais dos sócios, os sócios utilizam os bens da sociedade para finalidades particulares. ”

Insta esclarecer que a Teoria Maior sempre será aplicada quando o crédito a ser reclamado for de natureza civil, tributária, ou comercial (ANDRADE J., 2018, p. 395),

isto pois, a Teoria Maior possui maior número de requisitos considerando que o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) trata as relações civis que estão em status de paridade de sujeitos.

No caso da relação ser de natureza civil e comercial, a aplicação se dará de acordo como o artigo 50 do CC (Lei nº 10.406/2002), que preleciona que em caso de abusos de personalidade jurídica, confusão patrimonial ou desvio de personalidade, poderá o juiz proceder a desconsideração da personalidade jurídica.

Na legislação tributária, a nomenclatura “desconsideração da personalidade” ou “abuso da personalidade jurídica” não são utilizados, mas fica claro a responsabilidade pessoal de sócios, conforme o artigo 135 do CTN (Lei nº 5.172/1966), que expõe em seu texto que “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social, ou estatutos”, os sócios, mandatários, prepostos, diretores, gerentes e ETC.

A parte da doutrina que trata da Teoria Menor, afirma que basta a mera insolvência do devedor para que seja desconsiderada a personalidade jurídica.

A teoria é utilizada principalmente em demandas em que há uma certa disparidade de sujeitos, isto é, uma parte subjuga a outra, por esta razão a teoria Menor - também chamada de teoria objetiva - pode ser encontrada na Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei nº 8.884/94), na Lei que trata de condutas lesivas ao meio ambiente (Lei nº 9.605/98), e na relação consumerista através do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), sendo o mesmo artigo citado aplicável ao âmbito do direito do trabalho.

Na Lei de infrações à ordem econômica (Lei nº 8.884/94), a chamada Lei Antitruste, revogada pela Lei 12.529/2011 tratou do tema da desconsideração da personalidade jurídica, no dispositivo 34, consoante lei nova:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração de ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso

de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

[...]

Pár. Único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No caso da Lei nº 9.605/98 que dispõe sobre as condutas lesivas ao meio ambiente, e suas sanções penais ou administrativas, a Doutrina da Teoria Menor evidencia-se em seu art. 4º, que determina: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. ”

Por fim, de acordo com o artigo de lei que rege as relações consumeristas e subsidiariamente as trabalhistas, dispõe o art. 28 da Lei 8078/90 (BRASIL, 1990):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Insta salientar, que, apesar das várias legislações e teorias existentes a respeito do mesmo tema, todas elas reputam-se válidas, à medida que o Enunciado 51 da Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002) dispôs que “estão mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”, e não só o positivado no Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A despeito das classificações, o próprio Superior Tribunal de Justiça já fixou seu entendimento acerca do conteúdo:

A Teoria Menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da Teoria Maior: para a incidência da desconsideração com base na Teoria Menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta Teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios, e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. (STJ- Ag: 1334813, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Publicação: DJ 26/11/2010)

Em resumo, a finalidade da aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, como já explicitado, é impedir que a pessoa jurídica seja utilizada para fins que não sejam idôneos, e em caso de confusão patrimonial, ou simplesmente, seguindo a linha da teoria menor, para garantir que a parte vulnerável tenha seu crédito garantido em face dos sócios, caso a empresa não tenha como satisfazer a obrigação.

1.3 O SURGIMENTO DO INCIDENTE PROCESSUAL NO NCPD.

A recente Lei 13.105/2015, que substituiu o antigo diploma processual da Lei 5.869/1973, dispõe sobre as regras de processo civil, e trouxe diversas inovações. Uma grande inovação trazida foi a criação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, que consta no capítulo IV do Título III, "Da intervenção de Terceiros", e vai dos artigos 133 ao 137 da lei. O tema que já possuía diversas disposições de conteúdo material, ganhou legislação específica de cunho processual.

Na definição de Barros, o instituto pode ser desta forma sintetizado:

A desconsideração da personalidade jurídica, disciplinada atualmente nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), pode ser conceituada como a medida processual pela qual o juiz determina a inclusão dos sócios ou administradores da pessoa jurídica no polo passivo da demanda, a pedido do autor na própria petição inicial ou por incidente no curso do processo (seja de conhecimento ou execução), para que

respondam com seu patrimônio particular pelas dívidas da empresa.(BARROS, 2018, p. 412)

O incidente incluso no CPC (13.105/2015), pelo fato de tratar da esfera processual da desconsideração da personalidade jurídica, abarca ambas às teorias – teoria maior e teoria menor – existentes nos microssistemas jurídicos, a intenção do legislador era criar uma forma específica para o processamento do incidente.

Os criadores da Lei, contudo, inovaram ao trazer para o procedimento diversas mudanças como a autuação do incidente em autos apartados, a possibilidade de instaurá-lo em qualquer fase processual, a concessão do contraditório aos sócios executados, dentre outras mudanças.

2 A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO TRABALHISTA

2.1 AS RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA SEARA TRABALHISTA

A *Disregard of Legal Entity* no Direito do Trabalho, anteriormente à introdução do tema com o advento da reforma trabalhista, não possuía nenhum artigo expresso na Consolidação das leis do trabalho sobre o tema. Contudo, mesmo não estando expresso o instituto, a desconsideração da personalidade jurídica era amplamente aplicada pelos juízes baseando-se puramente no artigo 50 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) com as atenuações de critérios da Teoria Menor, ou em sua maioria no art. 28 §5º do CDC (Lei 8078/90).

Os julgadores visualizavam uma melhor possibilidade de aplicação através do artigo 28 §5º do CDC (Lei 8078/90), tendo em vista que o único requisito é o inadimplemento da obrigação trabalhista.

A explicação para a aplicação subsidiária tanto do CC (Lei nº 10.406/2002) quanto do CDC (Lei 8078/90) às regras trabalhistas, vem do artigo 769 da CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943) que deixa claro que em casos de omissão o direito comum será aplicado subsidiariamente ao direito processual trabalhista. A melhor interpretação ao referido artigo é que, se o direito comum é bom para colmatar lacunas do direito processual, com mais razão ele será para o direito material. (MARINHO, 2015, p. 55)

A necessidade da desconsideração da personalidade jurídica veio posteriormente à ideia dos legisladores que deram origem a CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943), que não imaginavam o que estaria por vir.

Nas palavras de José Affonso Dallegarve Neto (apud MARINHO, 2015, p. 54):

No Brasil, o instituto é de utilidade ímpar, haja vista a nossa execrável cultura de sonegação, torpeza, banalização do ilícito trabalhista. Observa-se que a indústria da fraude à execução foi aperfeiçoada de tal maneira que o desafio hodierno não é mais atingir o sócio ostensivo, mas o sócio de fato que se encontra dissimulado pela presença de outros estrategicamente escolhidos pela sua condição de insolvente, os quais são vulgarmente chamados de “laranjas” ou “testas de ferro”.

Consoante às ideias da autora Hilda Baião Ramirez (2017, p.100), o principal motivo da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é a premissa da má-fé do empregador, senão, vejamos:

É premissa constante, embora raramente explicitado nos julgados, a má fé do empregador. Não apenas a pessoa jurídica é um simulacro para obstar a responsabilização dos sócios, como todo inadimplemento é voluntário: decorre da intenção de preservar o patrimônio pessoal do sócio dos efeitos do insucesso do empreendimento, transferindo os riscos ao empregado.

É importante ressaltar conforme supracitado, que o empregado não pode ser lesado pelo empregador com o inadimplemento, considerando que não arcou com os riscos do empreendimento, e sim o sócio executado.

Apesar da corrente tentativa de fraude à execução, não é apenas este o motivo que legitima a aplicação da desconsideração. O motivo principal é que a verba destinada ao pagamento dos créditos trabalhistas é de natureza alimentar.

No entendimento de Ramirez (2017, p. 110) inclusive “a boa-fé de terceiros é constantemente sacrificada em prol do interesse patrimonial do exequente, em razão da suposta natureza alimentar do seu crédito”, menciona a autora quando há a tentativa de alienação dos bens do sócio a terceiros durante a execução trabalhista.

A existência da pessoa jurídica face a justiça do trabalho é um sofisma, ao mesmo tempo que reconhece a sua personalidade e o seu patrimônio individual e independente de seus sócios, lhe é negada efeito, a partir da premissa de que os bens dos sócios responderão pelas dívidas da sociedade (RAMIREZ, Hilda, 2017. p. 66).

Resta claro, portanto que além da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho visar a satisfação do crédito trabalhista diante da tentativa de fraude à execução ou eventualmente confusão patrimonial, visa também a satisfação do referido crédito diante também do mero inadimplemento haja vista ser do sócio devedor os riscos do empreendimento, e levando principalmente em consideração a natureza alimentar da verba.

2.2 A EXECUÇÃO TRABALHISTA E AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CASO CONCRETO

As hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica são muitas no direito do trabalho, principalmente, considerando que é a teoria menor a aplicada na prática da justiça do trabalho, em que basta a mera inadimplência do devedor para a pessoa jurídica ser desconsiderada.

Entretanto, deve-se lembrar que a responsabilidade trabalhista pela obrigação principal é da pessoa jurídica em primeiro lugar. Ocorre que, quando a pessoa jurídica não cumpre sua obrigação, a justiça do trabalho dispõe de outros meios de alcançar a satisfação do débito trabalhista.

Insta salientar uma vez mais, que para a justiça trabalhista o que importa é a satisfação do crédito ao empregado, portanto, apesar de haver um único empregador, há uma linha preferencial de devedores.

Isto é, caso o devedor original não possa pagar, caso fique comprovado que a empresa faz parte de um grupo econômico, caracterizado pela direção, controle ou administração entre duas ou mais empresas, ou relação de coordenação entre empresas, e pelos demais requisitos contidos no art. 2º, §2º da CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943), e Súmula 129 do TST, o grupo econômico arcará solidariamente, isto é

na forma do artigo 275 do CC (Lei nº 10.406/2002), com os débitos trabalhistas da empresa executada.

Nos casos de a execução ser direcionada para o devedor principal da execução, e este não conseguir arcar com suas dívidas trabalhistas, e, a pessoa jurídica não integrar grupo econômico, o tomador de serviços, ou “terceirizado”, poderá responder subsidiariamente pelos débitos trabalhista da pessoa jurídica, de acordo com a súmula 331 do TST, com a exceção de que se o tomador de serviços integrar a administração pública, deverá demonstrar culpa.

Caberá responsabilidade subsidiária também nos contratos de empreitada, de acordo com o art. 455 da CLT. E importa ressaltar que a responsabilidade do sócio da pessoa jurídica também é subsidiária, tanto do sócio ativo, quanto do sócio retirante, que deixou a sociedade no prazo de até dois anos da averbação da alteração do contrato social, de acordo com o artigo 1.032 do CC (Lei nº 10.406/2002) e 10-A da CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943).

Os artigos deixam claro que a ocorrência da sucessão de empregadores não desonerará o sócio retirante ao período de tempo em que se obteve lucro da mão de obra do empregado, desde que ajuizada a demanda dentro do prazo de dois anos, e sócio o responderá apenas pelos débitos correspondentes ao período em o empregado laborou, e que o sócio permaneceu durante seu contrato de trabalho.

A doutrina, cristalizou o entendimento nos tribunais trabalhistas do instituto do benefício de ordem, em que as devedoras subsidiárias podem se valer para que a execução não seja direcionada a elas, estabelecida pelo artigo 827 do CC (Lei nº 10.406/2002), em que deve ser feita a indicação de bens à penhora da devedora principal, para evitar que a execução recaia sobre a subsidiária para a satisfação do crédito trabalhista.

É importante ressaltar que qualquer um dos devedores subsidiários poderão sofrer a execução ou em último caso, sofrerem a desconsideração da personalidade jurídica, isto é, atualmente entende-se que não há uma ordem de preferência entre os credores subsidiários, como já decidido em recente julgado do TRT-15 (TRT15

notícias, 2018) , que determinou a execução de uma empresa devedora subsidiária, anteriormente à tentativa de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, para atingir os sócios.

Contudo, apesar do atual cenário nos tribunais, a introdução do incidente da desconsideração da personalidade jurídica prevê a hipótese de inclusão dos sócios já na petição inicial, podendo ser considerado nesta fase processual, uma espécie de devedor solidário, e reputando desnecessária a instauração do incidente em autos apartados de acordo com o artigo 134 §2º do CPC (Lei nº 13.105/ 2015).

Por fim, como já ressaltado, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são muitas considerando que deve existir apenas o inadimplemento da obrigação trabalhista por parte do empregador para o devedor.

2.3 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTES E DEPOIS DO NCPC NO ÂMBITO TRABALHISTA

A criação do instituto na esfera processual deu ensejo a indagações, a respeito da sua obrigatoriedade de observação em outras searas que não a cível, tendo em vista que as regras de processo civil são consideradas direito comum.

Havia uma certa resistência dos magistrados trabalhistas a aplicar a referida norma, e visando uniformizar o entendimento, o TST publicou uma Instrução Normativa nº 39/16 (Resolução n. 203, de 15 de março de 2016), que em seu artigo 6º reputava válida a aplicação do incidente processual constante no novel CPC, tendo sido uma decisão consensual entre Ministros e o do próprio Tribunal Pleno. (DALAZEN, 2017).

O artigo 6º da Instrução Normativa. (Resolução n. 203, de 15 de março de 2016) assim dispunha:

Art. 6º 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).

A dúvida foi sanada em 2017 com a entrada em vigor da chamada “reforma trabalhista” aprovada pela Lei 13.467/2017, através do artigo 855-A, que deixa claro em seu caput que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica constante no CPC é aplicável no processo do trabalho.

O referido artigo combinado com os artigos 133 a 137 do CPC/15 (Lei nº 13.105/2015) traz importantes mudanças procedimentais no instituto que é amplamente utilizado na justiça do trabalho.

Antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, o procedimento era realizado com base no Código Civil, artigo 50 (Lei nº 10.406/2002) com as ressalvas da Teoria Menor, já consagrada na Doutrina e nos Tribunais, ou com base no artigo 28 §5º do Código do Consumidor (Lei 8078/90), que era mais utilizado, sendo ambos os artigos de conteúdo material.

Instaurado o procedimento de execução da pessoa jurídica, e não sendo realizado o pagamento, ou a garantia de penhora no prazo de 48 horas, poderia o juiz de ofício ou à requerimento das partes, promover a desconsideração da pessoa jurídica fazendo o bloqueio dos valores devidos através do convênio BacenJud para garantia da execução.

Sobre o sistema Bacenjud, e a possível afronta ao sigilo bancário:

Dentre os procedimentos adotados pelos Regionais destaca-se a chamada penhora online, o bloqueio dos bens das empresas e sócios pelo sistema Bacenjud, após o decurso do prazo de 48 horas do art. 880 da CLT. O entendimento do TST é de que tal medida não afronta o sigilo bancário, ou o direito individual e é, portanto, um meio lícito contra os devedores “ que não se dignam” a cumprir espontaneamente o título executivo. (RAMIREZ, 2017, p. 108)

O convênio Bacenjud está previsto na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho de 2016, no Capítulo IV, seção VII, subseção VII (BRASIL, 2016), onde estão as instruções para operar o sistema, de acordo com os artigos 95 em diante. Contudo, o provimento revogado do ano de

2012, previa em seu art. 95 em diante, que sendo encontrados os valores, estes deveriam ser transferidos para conta judicial em estabelecimento oficial de crédito.

Tendo sido realizada a penhora online, o executado naquela ocasião poderia apenas discutir em juízo através dos embargos do devedor, ou agravo de instrumento daquela decisão, tendo os seus bens já constrictos.

Importante ressaltar, ainda sobre o antigo procedimento, que a desconconsideração da personalidade jurídica só poderia ser realizada na fase de execução, e dentro dos próprios autos do processo.

O procedimento utilizado também estava previsto na Consolidação dos provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho de 2012 (BRASIL, 2002), que tem por objetivo normatizar procedimentos adotados nas varas da justiça do trabalho, senão vejamos:

Subseção II
Desconconsideração da Personalidade Jurídica

Art. 68. Ao aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I - determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II - comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões no Judiciário do Trabalho a inclusão do sócio no pólo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (artigo 596 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária.

Já o incidente de desconconsideração previsto no art. 855-A da CLT (13.467/2017) e 133 a 137 do CPC (Lei nº 13.105/ 2015) trouxe diversas novidades ao processo trabalhista, que, anteriormente se baseava em normas materiais e recentemente ganhou regras processuais para o tema “desconconsideração da pessoa jurídica”.

A criação do incidente, cumpre esclarecer, veio ao mundo jurídico para celebrar o respeito ao devido processo legal e a segurança jurídica, sendo ambos princípios importantíssimos que não vinham sendo observados, e, com a regulamentação do instituto através da Lei 13.467/2017 não demonstra dúvidas quando a necessária observância ao procedimento, como veremos a seguir:

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

Dentre as inovações trazidas a primeira delas é a possibilidade da instauração do incidente em todas as fases do processo, isto é, pode ser requerido tanto em petição inicial, quanto no cumprimento de sentença, na execução fundada em título extra judicial e também perante os Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Superiores do Trabalho.

O pedido da desconconsideração deve ser realizado pela parte exequente ou pelo Ministério Público, e nunca poderá ser iniciado de ofício pelo juízo, de acordo com o artigo 133 do CPC/15.

Quando houver a efetiva instauração do incidente, esta deverá ser comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, e o processo principal ficará suspenso enquanto o incidente estiver em tramitação, exceto na hipótese do pedido de desconconsideração ser feito na própria petição inicial.

O incidente será resolvido por Decisão interlocutória, da qual cabem recursos da Decisão, nas hipóteses de ter sido o incidente instaurado na fase executória, cabendo agravo de petição, ou em caso de ter sido instaurada originariamente no Tribunal de 2ª instância, cabe agravo interno da decisão do Relator a ser apreciada pelo colegiado.

Na hipótese de ter sido requerido em petição inicial, não caberá recurso da decisão, contanto que não seja uma decisão abusiva que venha a acarretar prejuízos para as partes, caso em que poderiam contar com a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança no Tribunal Superior do Trabalho. Insta salientar, que, uma vez esgotada a discussão da matéria da desconsideração da personalidade jurídica no processo, esta transita em julgado, cabendo apenas ação rescisória para revertê-la.

A grande inovação da mudança legislativa reside no artigo 135 do CPC (Lei nº 13.105/ 2015), que é o que trouxe mais polêmicas no mundo jurídico-trabalhista.

O artigo assim preleciona: “Art. 135. 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. ”

A disposição normativa inseriu a possibilidade do contraditório e ampla-defesa do executado na execução trabalhista. Grande parte da doutrina e os próprios juízes veem o artigo como inconstitucional, conforme lição de Mozart Vilela Andrade Júnior (2017, p. 398):

Não é exagero pensar na inconstitucionalidade da obrigatoriedade do referido incidente nessas hipóteses (relações de consumo e de trabalho), por ofensa aos arts. 5., XXII, XXXV, LVIII, 6. e 7. da CF (LGL\1988\3).[...] Do contrário, restaria comprometida a promoção dos direitos de pessoas vulneráveis, protegidas pela Constituição Federal, e invertida a escolha do legislador material e do próprio constituinte. Por óbvio, não é essa a função que o direito processual almeja alcançar dentro do ordenamento jurídico.

O artigo permite ao executado, que antes de ver seus bens sendo bloqueados e penhorados a possibilidade de debater em juízo as suas razões acerca do assunto.

Os defensores da não aplicação do artigo, dentre outros argumentos, sustentam que o artigo poderia colocar em posição paritária partes desiguais, o que acabaria por prejudicar a parte vulnerável, o trabalhador.

2.4 OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO

O direito do trabalho, diferentemente de outras áreas do mundo jurídico, parte do pressuposto de que o operário é a parte que deve ser protegida, e inclusive o ramo do direito existe apenas por causa deste. A sua criação se deu em razão da necessidade do trabalhador ter seus direitos assegurados, tendo em vista que sua relação com o empregador não é paritária.

Ocorre, que a introdução do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho, trata as partes como se estivessem em igualdade de posições.

O direito ao contraditório, princípio consagrado na Constituição, para o direito processual do trabalho, é algo que implica em lentidão processual, dentre outros problemas, conforme pensamento trazido por Ramirez (2017, p.113):

O direito constitucional ao contraditório é um estorvo à efetividade e celeridade processual, quase uma ofensa pessoal aos juízes, que torna a magistratura um trabalho “frustrante” e “agoniante”. A magistratura trabalhista é mais do que um trabalho, é uma vocação para o juiz, que deve a qualquer custo “pagar o credor no processo”, ainda que por meios extremos.

Os legisladores do NCPC (Lei nº 13.105/ 2015) partiram da ideia de privilegiar o direito ao contraditório em todas as esferas, o artigo 135 do CPC nada mais é do que um desdobramento dos artigos 9º e 10º do mesmo diploma processual, que em outras palavras aduz que sobre todas as decisões emitidas pelo juízo deve ser oportunizada as partes a prévia manifestação, evitando decisão surpresa.

Contudo, no âmbito trabalhista, o contraditório é visto como um problema que pode causar a frustração da execução trabalhista, considerando a cultura da inadimplência de débitos trabalhistas, como já mencionado, e também um problema do ponto de vista de celeridade processual, e efetividade da prestação jurisdicional.

Acredita-se que com a abertura do prazo de quinze dias para o sócio promover o seu contraditório, este, já sabendo da possibilidade de ver seus bens penhorados, os desvie com a finalidade de oculta-los para não pagar seus débitos trabalhistas.

Ou ainda, em um cenário mais comum, porém igualmente perverso, o contraditório concedido ao executado, assim como o previsível recurso da decisão interlocutória do incidente – incidente este que paralisa o processo principal – significaria o insucesso da execução, por conta de uma enxurrada de recursos meramente protelatórios que causam o famoso “ganhou, mas não levou”, tão temido na justiça do trabalho, conforme ensinamentos de Silva (2015, p. 201):

Os recursos e as medidas impugnativas não são utilizados habitualmente na busca de uma decisão mais justa ou da reapreciação de uma prova mal valorada pelo magistrado, sendo comum o uso inconsequente e irresponsável das apelações disponíveis na legislação processual, com o claro propósito de retardar demasiadamente a satisfação do crédito. A situação chegou a tal ponto que, se fosse apenas o retardamento, os credores se dariam por satisfeitos, mas há muitos outros interesses em jogo no emaranhado de recursos e pedidos de revisão de julgados. Há, sim, a tentativa de frustrar de modo permanente a entrega da prestação jurisdicional, vencendo a parte contrária pelo cansaço e o Poder Judiciário pelo gigantismo. Para um juiz do trabalho em particular e para a coletividade de modo geral, não poderia haver nada mais sombrio do que ouvir, nos corredores forenses, que o trabalhador “ganhou, mas não levou”.

A tentativa de ignorar a execução pode ser demonstrada desde o início, quando é possível notar o comportamento malicioso da parte ao fornecer endereços errados, conforme, mais uma vez, a lição de Silva (2015, p. 203):

É alarmante a frequência com que se encontram endereços falsos nos estatutos sociais, nada obstante seu depósito na Junta Comercial ou no órgão competente. Indaga-se, assim, qual o alvo principal da malícia do executado que omite bens ou endereços. Será correta a afirmação de que o endereço falso no contrato social e na procuração nos autos objetivava atingir apenas o exequente? Na verdade, quando uma empresa é constituída com o endereço de um terreno baldio, ou quando deixa que se cadastre como endereço social o número inexistente de uma rua perdida no mapa, ainda nem se sabe ao certo quem será o reclamante e tampouco se sabe se o reclamante se transformará em exequente.

Parte-se mais uma vez da premissa de que o executado tenta a todo tempo fraudar a execução, e, portanto, ao ser oportunizado mais recursos possíveis e chances de peticionar no processo, mais atrapalharia na prestação jurisdicional efetiva e célere.

Consoante o artigo 792, IV do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/ 2015), a presunção de fraude à execução inicia-se quando após a citação válida o executado alienar o seu patrimônio. Entretanto, a prática não é proibida pois o artigo supracitado menciona apenas a alienação que possa reduzir o executado à insolvência, isto é, a simples alienação de um bem qualquer, que não interfira no patrimônio do executado, ou na sua capacidade de solvência dos seus débitos trabalhistas, não pode ser capaz por si só de configurar fraude à execução.

A fraude inclusive pode ser configurada de diversas formas, que não apenas a venda dos bens:

A fraude não reside apenas na venda dos bens para dilapidar o patrimônio, podendo alcançar qualquer forma de disposição de patrimônio, como a doação e a dação em pagamento, de um lado, e as diversas formas de oneração, de outro lado, como a constituição de hipoteca ou a escrituração pública de bem de família na forma do Código Civil. (SILVA, 2015, p. 203)

Quanto à alienação de bens anteriormente à execução, este é um assunto delicado, e que há jurisprudências no sentido de que não é possível a presunção de fraude à execução, e algumas jurisprudências do STJ no sentido de que a alienação do bem antes da citação válida ter se aperfeiçoado, pode configurar a fraude, tendo em vista que, se presume que o executado soube por algum meio de que seria citado na demanda. (SILVA, 2015, p. 204)

A citação para o processo do trabalho se presume a partir da distribuição da demanda, portanto fica fácil identificar a possível fraude à execução, quando da alienação anteriormente ainda à citação.

É o que ocorre com frequência no caso de desconsideração da personalidade jurídica:

Uma situação em que esse cenário tende a se configurar diz respeito à posição do sócio em relação à execução promovida contra a pessoa jurídica de que faça parte. Embora a citação e a demanda tenham se voltado contra a pessoa jurídica, o sócio já dispunha de condições fáticas e jurídicas de saber que, em dado momento, haveria a desconsideração da personalidade jurídica e a afetação de seu patrimônio. Pode ser que a execução lhe seja redirecionada, mediante citação e penhora, muito tempo depois que ele já havia dispersado o patrimônio, mas desde muito tempo antes ele já liderava os meios de contestação e de impugnação judicial em nome da empresa executada, de que é integrante. (SILVA,2015, p. 204)

Além da corrente preocupação com a fraude à execução, acredita-se que a criação do incidente em autos apartados, paralisando o processo principal implicaria em lentidão da prestação jurisdicional, o que importaria em prejuízos ao exequente, considerando ter a verba caráter alimentar, e por este motivo, urgência do autor da demanda trabalhista em recebe-la.

Outra importante crítica que se faz ao incidente, é a contrariedade da sua aplicação com os princípios do Processo Trabalhista, quando propõe restritivamente à parte ou ao Ministério Público a prerrogativa de requisitar a instauração do incidente. Sob a ótica da antiga prática trabalhista, que se baseava em artigos que atualmente foram revogados pela promulgação da reforma trabalhista, esta restrição poderia ferir o princípio da inquisitorialidade, assim definido na lição de MEDEIROS (2011):

Este princípio está consagrado no art. 262 do CPC, onde diz: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

Uma característica singular do processo trabalhista é a possibilidade do juiz promover a execução ex officio, conforme preconiza o art. 878, caput, da CLT, que diz: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Dentro deste pensamento não é mais cabível que o juiz trabalhista determine o arquivamento dos processos com fulcro no art. 267, III do CPC, quando o autor não promover, após a publicação da sentença, a liquidação e conseqüente execução da mesma, uma vez que o juiz pode impulsionar, de ofício, a tramitação do processo.

Neste diapasão, uma última crítica pode ser feita a novel regra processual, que se trata da possibilidade de instauração de recurso autônomo contra a decisão interlocutória do incidente, que no caso seriam o agravo da petição e o agravo interno.

Nas palavras de Pieroni (2017), um resumo de quais seriam as dificuldades encontradas pela doutrina que defende a não aplicação do incidente processual de descon sideração da personalidade jurídica:

A vertente doutrinária que sustenta a inaplicabilidade do incidente da descon sideração da personalidade jurídica apresenta diversos pontos que supostamente demonstrariam a incompatibilidade com os princípios do processo trabalhista, destacando-se: **(i) a restrição da prerrogativa de pedir a instauração do incidente à parte e ao Ministério Público (art. 133); (ii) a obrigatoriedade de suspensão do processo principal com a instauração do incidente (art. 134, §º 3º); (iii) a questão do ônus da prova supostamente atribuído ao credor (art. 134, §º 4º); (iv) a previsão de recurso autônomo contra decisão interlocutória (art. 136); e (v) a natureza instrumental do processo do trabalho voltada para efetivação do crédito trabalhista de natureza alimentar, em detrimento do exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório prévio (grifo nosso).**

Por fim, observa-se que os obstáculos à aplicação da lei são muitos, principalmente considerando a antiga prática Trabalhista enraizada na cultura dos tribunais, o que pode aumentar potencialmente a resistência de adaptação ao artigo 855-A.

2.5 A VISÃO DE JUÍZES DO FÓRUM TRABALHISTA DE VITÓRIA/ES SOBRE OS REFLEXOS, DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO, NA PRÁTICA FORENSE

A amostra utilizada para o objeto de estudo, que foi de três juízes do trabalho lotados no fórum trabalhista de Vitória, demonstra que a aplicação do incidente do instituto previsto no artigo 855-A (Lei nº 13.467 de 2017), introduzido na CLT pelo advento da reforma trabalhista, diverge de acordo com a Vara. As entrevistas feitas, duas ao vivo e uma por comunicação virtual – a plataforma WhatsApp –, consistiram em torno das mesmas perguntas e, como resultado, foram colacionadas as passagens mais relevantes das entrevistas.

O excelentíssimo juiz, Doutor Guilherme Pivete, em entrevista realizada no dia dezoito de outubro de dois mil e dezoito, ao ser perguntado se aplica o incidente, assegurou que em sua Vara o procedimento disposto em lei é utilizado e, inclusive,

acrescenta que ao seu ver a principal mudança decorreu da inclusão dos sócios em petição inicial, conforme trecho extraído (apêndice C):

Sim, a primeira alteração ao meu ver, é a possibilidade de se fazer-lo diretamente na petição inicial na fase de conhecimento, ou seja chama-se todos os sócios, para, em futura execução já haver essa questão sido resolvida, abrevia-se portanto a fase introdutória da execução.

Já no entendimento do Juiz Dr. Fábio Eduardo Bonisson Paixão, Juiz titular da 14ª Vara do trabalho de Vitória, o procedimento não é utilizado em sua Vara, e aduz que a maioria dos Juízes não estão aplicando o incidente por considera-lo contrário à celeridade pressuposta pelo processo do trabalho, e que na prática não houve mudanças efetivas no procedimento (Apêndice B) :

Na prática a resolução do TST diz que esse instituto é aplicado né [sic], porque ele fez uma instrução para dizer o que era aplicado ou não no CPC, mas os juízes têm recusado a aplicação, a fazer esse incidente, a gente continua fazendo dentro do processo, sem abrir um processo à parte, então assim, não modificou na prática, não tem funcionado muito não [sic], nós continuamos com a prática antiga.

O juiz supracitado, acredita que a aplicação do incidente implicaria na fragilização do princípio da proteção do trabalhador, uma vez que o sentido a ser alcançado para justificar a celeridade do procedimento da desconsideração seria justamente imprimir o “efeito surpresa” ao executado, conforme esclarecido em sua fala abaixo descrita (Apêndice B):

Então para buscar essa proteção, a gente não pode delongar demais [sic] o processo, porque enquanto você abre prazos, coloca o incidente separado do processo, cria um outro processo, você acaba permitindo que a pessoa suma com os bens [sic], o objetivo dessa rapidez na desconsideração, é pegar o efeito surpresa.

O entendimento do magistrado titular da 14ª (décima quarta) Vara, é convergente com o entendimento do Juiz Dr. Roberto Almada, – lotado na 12ª (décima segunda) Vara – que aduz que continua a aplicar o antigo procedimento, senão vejamos (Apêndice A): “teoria menor da desconsideração. Aplicado o incidente ao pé da letra com o preenchimento de todos os requisitos nele previstos a nova regra processual trará inegáveis prejuízos. ”

Quanto à fragilização do princípio da proteção, o magistrado Guilherme Pivete (Apêndice C) diz que não vislumbra a possibilidade de mitigar tal princípio processual do trabalho através da aplicação do incidente, e, já na opinião de Almada, o princípio não será fragilizado apenas na hipótese de continuar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de acordo com as regras do procedimento anterior.

O princípio aludido acima pelos juízes, pode ser definido como um dos princípios mais importantes que permeiam o direito processual trabalhista, conforme lição de Capelari (2009):

O princípio da proteção é a direção que norteia todo o sentido da criação do Direito do Trabalho, no sentido de proteger a parte mais frágil na relação jurídica – o trabalhador – que até o surgimento de normas trabalhistas, em especial desta especializada, se via desprotegido face a altivez do empregador.

Nesta mesma linha de raciocínio, Capelari (2009) ainda complementa:

Assim observou-se a preocupação do Estado em assegurar aos obreiros relações jurídicas que tivessem uma condição de igualdade entre trabalhadores e empregadores. Os legisladores trabalhistas passaram a ter o dever de refazer a desigualdade existente no plano fático das relações trabalhistas, esculpindo a ideia de paridade entre seus participantes no plano jurídico.

Conforme observação feita pelo magistrado Dr. Fábio Bonissom, um outro princípio ainda poderia ser fragilizado caso o incidente seja aplicado, qual seja, o princípio da oralidade (Apêndice B):

Sim, porque o processo do trabalho, quando você faz a [sic], quando o TST fala que nós temos que aplicar no processo do trabalho a norma do processo civil, que é contra uma prática que a gente vem fazendo a muitos anos, a gente aplica os princípios da CLT, da execução da CLT e da execução fiscal que é uma coisa mais “oralidade”[sic], mais rápida, as coisas se resolvem dentro do próprio processo.

O princípio da oralidade foi criado com o intuito de conferir celeridade e facilidade a alguns atos processuais, permitindo também, que as partes atuem sozinhas na Justiça do Trabalho.

Ocorre que, o incidente pelo fato de ser feito em autos apartados com petição inicial própria e permitir o contraditório, não confere tanta celeridade ao processo quanto ao procedimento anterior, na opinião de Almada (Apêndice A): “Na realidade o incidente foi criado a pretexto de instaurar contraditório precedente ao ato de desconsideração.”

O magistrado Dr. Fábio Bonissom não é aberto ao incidente, em suas palavras (Apêndice B): “o contraditório é dentro do processo mesmo, não em um processo à parte. ”. O magistrado supracitado, quando perguntado a respeito de, se abre o prazo de quinze dias para o contraditório de acordo com a lei, respondeu: “não na verdade abre o contraditório, na fase de ofertar embargos. ”

O magistrado Guilherme Pivete diverge, mais uma vez, ao dizer que aplica o contraditório previsto no incidente, o qual, muitas vezes pode ser motivo de redirecionar a execução (Apêndice B):

Sim, existe essa possibilidade, apesar que muitas das vezes, diante da evidência da situação, é concedida inclusive a título de cautelar aos atos executórios para se abreviar, o processo de precipitar a dilapidação do patrimônio. [...] Talvez o fator mais importante seria em relação aos sócios que deixaram a sociedade a mais de dois anos, neste aspecto realmente, quer dizer [sic], já [sic], o incidente é bem-vindo, porque já se resolve essa questão temporal de modo a excluí-los da responsabilidade, eu creio que seja sob esse aspecto que tenha havido a melhora do instituto.

Um último ponto a ser esclarecido, é que nenhum dos juízes aplica o incidente por inteiro, e da forma como está previsto em lei. O magistrado Guilherme Pivete apesar de ser o único que aplica grande parte do incidente, admitiu que pela própria natureza do processo eletrônico não respeita a regra da abertura do incidente em autos apartados (Apêndice C):

[...] eu inclusive [sic] pelas próprias características do processo eletrônico, eu não tenho adotado um incidente separado, ou seja se exigir uma nova petição inicial, resolver aquele incidente como uma questão incidental no próprio processo eletrônico, pra [sic] facilitar inclusive o trâmite processual.

Portanto, conforme demonstrado, não há uma linha a ser seguida quanto a aplicação do incidente no reduto pesquisado.

3 PONTOS POSITIVOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA E O QUE PODE SER FEITO PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE.

O conteúdo trazido pela inovação legislativa como já visto, pelo fato de ser recente, ainda encontra muita resistência por ser diametralmente oposto ao procedimento aplicado pelos juízes há muitos anos. Contudo, o presente estudo pretende demonstrar também os pontos positivos do incidente, e os motivos pelos quais ele deve ser aplicado.

Um dos grandes motivos para a defesa da aplicação do incidente é a de que a Justiça do Trabalho por ser extremamente protetiva ao trabalhador, muitas vezes é demasiadamente onerosa ao empregador, a ponto de desestimular o empreendedorismo e por conseguinte o crescimento da economia e geração de empregos.

A aplicação efetiva tanto do incidente quanto das diversas outras medidas implementadas pela reforma trabalhista, poderá trazer mais confiança ao empreendedor para investir na abertura de uma empresa, e mais segurança aos que já possuem um empreendimento. Isso porque, a medida procura privilegiar a segurança jurídica, para que o devedor não seja surpreendido com suas contas bloqueadas, dificultando com que honre com seus compromissos e, ainda, que não figure no polo passivo de demandas, em casos em que o simples contraditório feito anteriormente à restrição de seus bens, deixaria claro sua ilegitimidade passiva.

Em grande parte, este fenômeno ocorre pois, parte-se do pressuposto que o empregador sempre será um “adversário”, conforme crítica de Hilda Baião Ramirez (2017, p. 145) a respeito de enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que dispõe sobre direitos fundamentais do empregado, “os empregadores não são titulares de direitos fundamentais ou de bens constitucionalmente protegidos. São, em princípio, adversários da liberdade e da dignidade humanas”.

Neste interim, em outra passagem Ramirez ainda complementa sua linha de raciocínio:

Todos os autores consultados percebem a importância do pleno emprego na manutenção da dignidade humana do trabalhador, porém não conseguem romper com a matriz ideológica do Direito do Trabalho. Presumem a sustentabilidade do sistema e prometem o paraíso à massa trabalhadora: apenas os benefícios do capitalismo e imunidade total aos riscos. O modelo conduz a um paradoxo: a anulação total do poder diretivo e o aumento progressivo de tempo não trabalhado. Em uma situação limite as empresas devem manter empregados que absolutamente não precisam, em suas casas, e com salários integrais. Os doutrinadores preferem ignorar o desafio imposto pela globalização e pela economia, que viabiliza transferência de unidades produtivas inteiras para países miseráveis, onde as garantias trabalhistas são realmente irrisórias (RAMIREZ, 2017, p.145).

Por óbvio não deve ser descartada a hipótese de que, sendo o devedor citado poderia sumir com os bens, entretanto, para inibir as tentativas de frustração à execução, existem algumas cautelas que podem ser tomadas para impedir que isto ocorra.

A primeira delas encontra-se na própria lei, que é a inclusão dos sócios na petição inicial para que sejam citados conjuntamente com a empresa de acordo com o artigo 133 §2º (Lei nº 13.105/2015). Desta forma não haverá surpresa, e o sócio citado terá a chance de contraditar a inicial do processo.

Nos casos em que se optar por instaurar o incidente na fase de execução há a possibilidade de, na petição inicial do incidente, o credor requerer uma tutela de urgência cautelar, para assegurar que o patrimônio do devedor não seja dilapidado. Desta forma, deferida a medida cautelar independentemente do incidente processual, poderá o devedor se manifestar em sede de contestação, com o benefício da certeza de que este não praticará atos protelatórios, tendo em vista que seus bens estarão acautelados enquanto se discute o objeto da desconsideração.

É o que afirma Pieroni (2017):

A obrigatoriedade de suspensão do processo principal com a instauração do incidente, por sua vez, sequer implica em uma incompatibilidade propriamente dita. Embora os recursos e os embargos no processo trabalhista não possuam efeito suspensivo via de regra, é fato que o prosseguimento da execução em face daquele incluído no polo passivo por

conta de desconsideração da personalidade jurídica apenas poderá ter seu patrimônio definitivamente retirado de sua esfera após uma decisão em definitivo de suas eventuais impugnações. Em outras palavras, na prática, a suspensão dos atos executivos já ocorre, não havendo, por outro lado, óbice do seu prosseguimento em face de outros devedores em paralelo. O argumento de que a suspensão do processo poderia favorecer ocultação de patrimônio não se sustenta, até porque o novo Código de Processo Civil prevê mecanismos contra, notadamente, através da concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o artigo 301.

Além do mais, a Justiça Trabalhista, se passar a detectar um possível aumento na frustração da execução devido à fraude, pode ser mais incisiva quanto às tentativas de fraude à execução, conforme leciona Homero Batista Matheus da Silva (2015, p. 207):

A fraude à execução corresponde a um tipo penal, com redação original ainda do Código Penal de 1940. Embora o tipo penal seja bastante vasto, inclui seguramente a alienação e a oneração de patrimônio após o ajuizamento da ação capaz de levar o devedor à insolvência. A magistratura trabalhista pode ousar um pouco mais neste quesito, pois dificilmente se observa a expedição de ofícios após a declaração da fraude à execução. O ofício é essencial porque o tipo penal exige a queixa, como consta do parágrafo único do art. 179. Se aceita, igualmente, que a queixa seja formalizada pelo credor, pois na qualidade de exequente este também sofre os reveses do crime perpetrado. O órgão destinatário há de ser o Ministério Público da União, haja vista não ter sido aceita pelo STF a competência criminal para a Justiça do Trabalho (ADIn 3.684/DF). Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa.

Quanto à crítica relativa a possível lentidão processual e demora da prestação jurisdicional, acertadamente o incidente poderia demandar mais tempo do que antes para pôr fim à lide. Entretanto, o objetivo da reforma trabalhista é romper com a antiga lógica da seara Trabalhista, portanto, deve-se sopesar qual princípio deve ser privilegiado: o princípio da celeridade ou o princípio da segurança jurídica?

Para que esta pergunta seja respondida, é importante trazer à tona uma importante consideração de Hilda Baião Ramirez (2017, p. 148):

A doutrina trabalhista pressupõe a desigualdade econômica entre as partes e se propõe a compensá-la com a “hipersuficiência-jurídica”, entretanto a maior parte das relações de emprego está em pequenos empreendimentos (até dez empregados), situação em que a desigualdade econômica é mínima.

Através das palavras da autora fica evidente que na maioria dos casos, a parte supostamente hipersuficiente no mundo material, o empregador, não dispõe de tanto poderio econômico e intelectual quanto pressupõe o legislador.

Desta forma, caberia a reflexão se não seria mais justo e apropriado nos dias de hoje privilegiar-se a segurança jurídica no Direito do Trabalho em detrimento da celeridade processual, para que assim se alcance um resultado satisfatório para ambas as partes.

Neste íterim importa ressaltar que, o intuito do estudo não é enaltecer a lentidão da prestação jurisdicional, muito pelo contrário, até porque o objetivo das demandas trabalhistas é a percepção de verbas de natureza alimentar. O que se busca defender, é a duração razoável do processo, isto é, que a causa esteja madura o suficiente dentro de um limite de tempo razoável para ser julgada, tanto na fase de conhecimento, quanto na de execução.

É imprescindível lembrar que, a desconsideração da personalidade jurídica de ofício poderia levar a grandes injustiças. Os juízes frequentemente e, de modo quase automático, poderiam ser levados à ignorar duas categorias distintas de “terceiros”, para responsabilidade patrimonial por dívida da pessoa jurídica, quais seja, o sócio retirante da sociedade a mais de dois anos, e o cônjuge meeiro do sócio atingido (DALAZEN, 2017).

Com o advento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, caso seja aplicado corretamente, evitará situações irreversíveis, como a descrita pelo Juiz João Oreste Dalazen em nota de rodapé de seu artigo (2017), a qual demonstra a parte cruel da antiga realidade processual:

Em 2016, recebi em meu Gabinete uma carta pungente de uma senhora que não era sócia da empresa, mas casada com um dos sócios. Eis os fatos, sumariamente: a) infrutífera a execução, houve decisão de desconsideração da personalidade jurídica da executada, com fulcro no artigo 28 do CDC; b) penhorou-se a totalidade do imóvel do marido e sócio, sem respeitar a meação da mulher; c) o imóvel era uma “casinha”, bem de família típico, depois levado a hasta pública e já arrematado; d) a signatária opôs embargos de terceiro **posteriormente** à decisão de desconsideração e à própria constrição; e) os embargos de terceiros foram julgados intempestivos; seguiu-se agravo de petição, desprovido; f) denegou-se

seguimento ao recurso de revista em execução: não se divisou afronta direta e literal do art. 7º, inciso XXII da CF/88; g) coube-me, por fim, como relator, participar da decisão iníqua no TST, ainda que absolutamente correta sob o prisma técnico e formal, de negar provimento ao AIRR-909-98.2010.5.15.0147; óbvio que não ofende diretamente o direito de propriedade decisão regional que julga intempestivos embargos de terceiro... E assim, consumou-se clamorosa injustiça que poderia ter sido evitada se houvesse audiência prévia do sócio antes de decidir-se arbitrariamente pela desconsideração da personalidade jurídica. (grifo do autor)

Para concluir o presente capítulo, e após a demonstração de todos os pontos positivos que a mudança legislativa trouxe, apenas um ponto presente nos obstáculos à aplicação da regra não terá solução imediata, que é o pensamento voltado para a velha prática Trabalhista:

De fato, cabe ao operador do direito lutar contra o sentimento primário de rejeição da novidade, baseando-se em premissas gerais como a da instrumentalidade e celeridade do processo do trabalho, que, aliás, também permeia o novo Código de Processo Civil pautado na nova ordem do processo constitucional. [...]A preocupação dos operadores do Direito Trabalhista com a celeridade e efetividade do processo não pode cegá-los a ponto de comprometer a garantia ao devido processo legal (PIERONI, 2017).

A maior questão que, ainda deve ser combatida, para a efetiva aplicação do instituto é o obstáculo mental que os operadores do direito impõem ao incidente, quando os antigos paradigmas forem rompidos, para cederem lugar ao novo, um grande passo em direção à evolução será dado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou compreender como se aplica o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, introduzido pelo NCPC no âmbito do Direito do Trabalho.

Para isso, primeiramente foi feito um breve esboço histórico da desconsideração da personalidade jurídica com a finalidade de buscar a motivação do nascimento do instituto, que surgiu na literatura jurídica na Inglaterra, no caso “Salomon x Salomon & Co.”, e nos Estados Unidos no caso Bank of United States x Deveaux”. Mais tarde, o tema ganharia importância nos estudos de Rolf Serick.

No Brasil, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica apareceu nas jurisprudências dos tribunais, e após, ganhou legislações no âmbito material no CDC, na legislação tributária, no Direito Comercial, entre outros. A evolução do instituto fez desenvolver duas teorias, com diferentes requisitos cada, para a aplicação. A teoria maior é utilizada para demandas em que há paridade de sujeitos, como por exemplo demandas cíveis e comerciais. A Teoria Menor é utilizada para demandas em que uma das partes é hipossuficiente em relação à outra, que é o caso dos litígios trabalhistas.

O estudo explanou a nova regra processual trazida pelo NCPC rapidamente, e fez um panorama das razões para a aplicação do instituto no âmbito processual, e após no âmbito material, em que foram discutidas as hipóteses existentes de execução trabalhista e de utilização do incidente processual.

A partir das informações trazidas à baila, foi feita uma comparação de como era antes o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, que não era fundado em regra processual específica, e, quais foram as mudanças nas regras introduzidas pelo art. 855-A, que determinou a obrigatoriedade de observância do incidente previsto no NCPC.

Com o objetivo de aprofundar o estudo, foram inseridas algumas considerações acerca dos obstáculos existentes à aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, sendo um deles a possibilidade de ferir os princípios da celeridade e da prestação jurisdicional efetiva.

Foram realizadas entrevistas com três juízes lotados no fórum trabalhista de Vitória/ES, acerca das mudanças apresentadas na prática forense com o advento da promulgação do incidente processual, as quais demonstraram, que ainda não há uma forte aderência por parte dos juízes.

Por fim, foram apresentados diversos pontos positivos para aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como a garantia da segurança jurídica, o rompimento com antigo pensamento trabalhista que onera em excesso o empregador, a possibilidade de assegurar a execução através de medida cautelar, dentre outras.

A conclusão à que se chega é que, quando criou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o que se almejava era a certeza de que, caso os sócios da pessoa jurídica tentassem utiliza-la para meios escusos, ou no caso da teoria menor, para o inadimplemento, estes teriam punição e terceiros não seriam lesados. Isto é, o instituto foi criado para atribuir segurança jurídica.

Ocorre que, da forma que fora institucionalizado no Direito do Trabalho, o instituto trouxe apenas insegurança jurídica, em nome de uma suposta celeridade processual atropeladora de garantias processuais, e de direitos fundamentais de ambas as partes, e não apenas do empregado.

Portanto, a nova lei processual é um acalento a quem ainda procura empreender e gerar novos empregos no país, pois sendo aplicada, poderá ter o direito ao devido processo legal respeitado e não apenas isto, o direito de ser ouvido antes de proferida qualquer decisão responsável, ou de acordo com o linguajar popular “a base da canetada”.

REFERENCIAS

ANDRADE J., Mozart Vilella. A obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora RT. 2018.

BARROS, André Borges de Carvalho. O atual panorama da desconsideração da personalidade jurídica nas relações privadas (empresariais, consumeristas e trabalhistas) no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora RT. vol. 994/2018, ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Dispõe sobre a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 8 out. 2018.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condutas lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, revogou a Lei nº 8.884/94, de

1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o novo Código de Processo Civil, revogou a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. Consolidação dos Provimentos da Corregedoria do Trabalho de 2012. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 17 de ago. 2012.

BRASIL. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. Consolidação dos Provimentos da Corregedoria do Trabalho de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 24 de fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 1334813 - SP. **Diário de Justiça**. Agravante: A.S.A. Advogado, Agravado: R.L.A Advogado, Relator: Ministro Massami Uyeda., São Paulo/SP, 26 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 203, de 15 de março de 2016 [Instrução Normativa n. 39]. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 1939, 16 mar. 2016.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6646&revista_caderno=2>. Acesso em: 10 de out 2018.

DALAZEN, João Oreste. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. **Revista LTR – Legislação do Trabalho**. São Paulo: Vol 81, nº 02, fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.1 v.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1 ed., 2002, Brasília. **Enunciado 51 da Jornada de Direito Civil**. Brasília: CEJ - Justiça Federal, 2002. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LOPES JUNIOR, Ademar. **Décima primeira câmara mantém execução contra empresa subsidiária**. Notícias TRT15. Campinas, 19 de jan. 2018. Disponível em: <<https://portal.trt15.jus.br/widget/-/decima-primeira-camara-mantem-execucao-contras-empresa-subsidiaria>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MARINHO, Rodrigo Saraiva. **A desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho**: uma nova abordagem. 1. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2015.

MEDEIROS, Adão Rogerio Soares de. **Princípios processuais no âmbito do Processo do Trabalho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9692&revista_caderno=25>. Acesso em: 02 de nov. 2018.

PIERONI, Claudio Giovanni. **Aplicação no processo do trabalho do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 12 jan. 2017. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-trabalho/335355-aplicacao-no-processo-do-trabalho-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-previsto-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 06 de nov. 2018.

RAMIREZ. Hilda Baião. **A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2017.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 33^a. Ed. São Paulo, 1.v.: Saraiva, 2014. p. 473 a 476.

SILVA, Homero Batista Matheus da. Curso de direito do trabalho aplicado volume 10: execução trabalhista. In: _____. **Cap.15 Fraudes**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2015.

APÊNDICE A - TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA, LOTADO NA 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES.

P- A possibilidade da instauração do incidente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em todas as fases processuais teve uma mudança significativa na prática? Qual (is)?

R: Em parte sim. Quando a desconsideração é requerida na fase de conhecimento, a tendência é que se tenha menos empenho na aplicação do instituto que, de acordo com a tradição de sua aplicação à luz da teoria menor, que pressuponha unicamente a insolvência da pessoa jurídica.

P: O princípio da proteção do trabalhador foi fragilizado?

R: O princípio da proteção do trabalhador não será fragilizado apenas na hipótese de se manter em vigor a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

P: Houve aumento na frustração da execução trabalhista?

R: No caso específico da minha unidade judiciária (12ª vara) não, pois aplico mesmo com a adoção do incidente, a teoria menor.

P: Em que casos o contraditório feito anteriormente a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode ter o discurso vencedor e redirecionar a execução?

R: Na realidade o incidente foi criado a pretexto de instaurar contraditório precedente ao ato de desconsideração.

P: Um balanço geral das possíveis virtudes ou malefícios da nova regra processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

R: Teoria menor da desconsideração. Aplicado o incidente ao pé da letra com o preenchimento de todos os requisitos nele previstos a nova regra processual trará inegáveis prejuízos.

APÊNDICE B - TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ FÁBIO EDUARDO BONISSOM PAIXÃO, LOTADO NA 14ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES.

P- A possibilidade da instauração do incidente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em todas as fases processuais teve uma mudança significativa na prática? Qual (is)?

R: Na prática a resolução do TST diz que esse instituto é aplicado né [sic], porque ele fez uma instrução para dizer o que era aplicado ou não no CPC, mas os juízes têm recusado a aplicação, (pausa) a fazer esse incidente, a gente continua fazendo dentro do processo, sem abrir um processo à parte, então assim, não modificou na prática, não tem funcionado muito não [sic], nós continuamos com a prática antiga.

P- Sim, inclusive do contraditório?

R: Sim, o contraditório é dentro do processo mesmo, não em um processo à parte.

P- Mas então o senhor abre o contraditório de 15 dias?

R: Não na verdade abre [sic] o contraditório, na fase de ofertar embargos.

P- Entendi.

R: Continua do mesmo modo de antes, nenhum procedimento específico não.

P- Mas então o senhor acha que se fosse aplicado, o princípio da proteção do trabalhador seria fragilizado?

R: Sim, porque o processo do trabalho, quando você faz a (pausa), quando o TST fala que nós temos que aplicar no processo do trabalho a norma do processo civil, que é contra uma prática que a gente vem fazendo a muitos anos, a gente aplica os princípios da CLT, da execução da CLT e da execução fiscal que é uma coisa mais “oralidade” [sic], mais rápida, as coisas se resolvem dentro do próprio processo.

P- Entendi.

R- Então para buscar essa proteção, a gente não pode delongar demais o processo [sic], porque enquanto você abre prazos, coloca o incidente separado do processo, cria um outro processo, você acaba permitindo que a pessoa suma com os bens, o objetivo dessa rapidez na desconsideração, é pegar o efeito surpresa.

P- Sim, então você acha que teria casos em que o contraditório feito anteriormente da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode ter o discurso vencedor e redirecionar a execução?

R: Sim, sim a gente consegue receber muitos processos assim, desconsidera e faz a penhora, faz bacenjud, faz renajud e já bloqueia os bens e acaba obrigando aquela parte que queria fugir a fazer um acordo e a pagar.

P- Sim, mas eu quero dizer assim, em que casos o contraditório feito anteriormente ele poderia redirecionar a execução, por exemplo, em um caso de bem de família, de talvez meação do cônjuge, não sei (pausa) em que a penhora recairia sobre o bem, mas aí o contraditório feito e explicado que o bem não poderia (interrupção).

R: Eu não estou conseguindo captar assim (pausa), qual seria esse contraditório feito anteriormente, você tá [sic] dizendo contraditório feito em embargos de execução de terceiro?

P: É no caso, já que o senhor não aplica na vara poderia ser.

R: Sim, Sim, não [sic], geralmente, vou te dar um exemplo, tem embargos de terceiro que a embargante diz que ela que é proprietária do bem que foi penhorado, só que o bem estava dentro da empresa executada, aí nos embargos de terceiro eu declarei que ela não era terceira e mantive a penhora.

P: Sim.

R: e eu automaticamente enfrentei aquela mesma fundamentação para despachar dentro da execução que ela era uma sócia oculta.

P: Entendi.

R: Porque não justificaria a pessoa ter uma máquina dentro de outra empresa.

P: Entendi.

R: Então eu falei que ela era uma sócia oculta, eu já usei os argumentos dos embargos de terceiro para inclui-la na execução como sócia oculta.

P: Entendi.

R: Agora ela vai ter que embargar, se ela quiser embargar é embargos à execução.

P: Entendi. Está certo. E um balanço geral das possíveis virtudes ou malefícios da nova regra processual do incidente

R: Ah eu já até falei [sic], os malefícios seriam esses delongar muito o processo, estabelecer um formalismo muito rigoroso [sic] que seria contrário à rapidez do processo do trabalho, e até mesmo impedir que em se estabelecendo um procedimento arrastado, demorado, nesse período os bens desaparecem.

P: Ah sim.

R: Entendeu, e ele perde o efeito surpresa.

P: Entendi.

R: Porque hoje nós temos aí advocacias especializadas em blindagem patrimonial né[sic].

P: Sim.

R: Então, se a gente não for muito esperto a gente não recebe.

P: Entendi, ta bom Dr. obrigada.

**APÊNDICE C - TRANSCRIÇÃO DE ENTREVISTA COM O JUIZ GUILHERME
PIVETI, LOTADO NA 6ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES.**

P: Pode fazer a primeira pergunta? A possibilidade da instauração do incidente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em todas as fases processuais teve uma mudança significativa na prática? Qual (is)?

R: Sim, a primeira alteração ao meu ver, é a possibilidade de se fazer diretamente na petição inicial na fase de conhecimento, ou seja chama-se todos os sócios para em futura execução já haver essa questão sido resolvida [sic], abrevia-se portanto a fase introdutória da execução.

P: Sim, mas deixa eu só fazer um parêntesis, as perguntas são, é porque assim, é um estudo direcionado pro Espírito Santo, se ta [sic] sendo aplicado, o Sr. Aplica na Vara?

R: Sim.

P: É porque eu havia conversado com outro juiz que na vara dele ele não aplica.

R: Sim, na fase de conhecimento eu já tive inclusive, processo em que eu já apliquei, a grande consequência é que, antes a minha [sic], anteriormente a essa alteração, era considerado o sócio parte ilegítima para figurar na fase de conhecimento, e pela atual reforma, ele passa a ser parte legítima de figurar já na fase de conhecimento, de modo a abreviar esse questionamento na fase de execução, neste sentido.

P: Sim, pode desconsiderar, e o senhor aplica o contraditório também?

R: Sim, existe essa possibilidade, apesar que muitas das vezes, diante da evidência da situação, é concedida inclusive a título de cautelar aos atos executórios para se abreviar, o processo de precipitar a dilapidação do patrimônio.

P: E o senhor acha que o princípio da proteção do trabalhador foi fragilizado?

R: Não de forma alguma, somente estabeleceu o contraditório e criou-se o incidente, que na prática, eu [sic] inclusive pelas próprias características do processo eletrônico, eu não tenho adotado um incidente separado, ou seja, se exigir uma nova petição inicial, resolver aquele incidente como uma questão incidental no próprio processo eletrônico, pra [sic] facilitar inclusive o trâmite processual.

P: Sim, e o senhor acha que houve aumento na frustração da execução trabalhista?

R: Não, sob o aspecto do princípio do, da desconsideração da personalidade jurídica, não, quer dizer, permanecemos decidindo da mesma forma, não há que se falar em uma frustração do direito, quanto a isso não verifico.

P: E em que casos o contraditório feito anteriormente a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode ter o discurso vencedor e redirecionar a execução?

R: Eu pressuponho que a pergunta esteja relacionada a numa [sic] fase preliminar já se verificar quais seriam os sócios integrantes da pessoa jurídica.

P: Talvez a identificação de um bem de família?

R: Talvez o fator mais importante seria em relação aos sócios que deixaram a sociedade a mais de dois anos, neste aspecto realmente, quer dizer, já, o incidente é bem-vindo, porque já se resolve essa questão temporal de modo a excluí-los da responsabilidade, eu creio que seja sob esse aspecto que tenha havido a melhora do instituto.

P: E um balanço geral das possíveis virtudes ou malefícios da nova regra processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

R: Como eu disse, ao contrário das próprias peculiaridades do processo eletrônico e que nós não temos autos físicos, acho que a maioria dos juízes tem adotado esse posicionamento de se fazer como mero incidente dentro dos próprios autos da execução. Malefícios? Eu não vejo malefícios no procedimento.