

BENEFÍCIO DE ORDEM – NECESSIDADE DE EXECUÇÃO DO SÓCIO DA DEVEDORA PRINCIPAL COMO REQUISITO PARA REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DA DEVEDORA SUBSIDIÁRIA

Regina Maria Vasconcelos Dubugras¹

Passou o tempo em que a principal atividade do Juiz era julgar e que a maior parte das decisões com força de coisa julgada era cumprida sem necessidade de execução forçada. A prova desta afirmação está nas estatísticas dos Tribunais Regionais do Trabalho que indicam que 50%, 60% ou até 70% dos processos em curso estão em fase de execução. As causas são diversas, dentre estas: insolvência dos executados, encerramento das atividades com desaparecimento dos devedores, falta de liquidez dos bens, valores executáveis acima do valor patrimonial da empresa, utilização de intermediários insolventes na contratação, falta de vontade de pagar ou eleição de outras prioridades com o faturamento da empresa, etc.

A constatação da realidade acima descrita tem levado os Tribunais a direcionarem mais atenção e energia à execução, criando medidas de acesso ao patrimônio dos executados e concentrando esforços para alcançar a efetividade do processo. Conseqüentemente, o poder de expropriação dos Juizes vem crescendo a cada dia e o objetivo de fazer justiça tem levado a atos e atitudes efetivas, ousadas e até "truculentas" na condução da execução trabalhista.

A maior complexidade na forma de contratação e nas relações entre os contratantes leva a certa confusão no polo passivo e requer estudo aprofundado da teoria da responsabilidade pelos débitos trabalhistas. Institutos e fatos como terceirização, quarteirização, grupo de empresas, sucessão, incorporação total ou parcial da empresa, desconsideração da personalidade jurídica, má gestão, alteração de contrato social com retirada de sócios, encerramento das atividades empresariais, evasão de patrimônio, recuperação judicial, falência, terceiros de boa fé, homônimos, inclusão de "testas de ferro" ou "laranjas" na sociedade, fraudes contra credores, repercussão do divórcio na responsabilidade dos sócios, etc., são temas que requerem atenção e dedicação da nossa Justiça do Trabalho para que não a transformemos na "Injustiça do Trabalho".

A acuidade dos julgadores na análise do caso concreto, o respeito ao contraditório e a fundamentação legal das decisões são imprescindíveis para a Justiça das decisões na execução. Diante da indicação de pessoas físicas ou jurídicas que não foram partes e não constam no título executivo, caberá ao juiz a análise preliminar de indícios e provas da

.....

¹ Desembargadora Federal do Trabalho da Segunda Região, Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

responsabilidade alegada em respeito ao direito constitucional de ampla defesa garantida no art. 5º da Constituição Federal: **“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”** (grifamos). A luta pela efetividade do processo não pode ser justificativa para a dedução da fraude e para expropriação de bens de terceiros alheios aos reais devedores.

Para se obter a dedicação necessária dos Juízes à execução, os Tribunais devem adotar uma política de valorização dos Juízes que se dedicam à execução, para que estes possam dividir o tempo entre as gigantescas pautas de audiências e julgamentos com a análise aprofundada das execuções para identificar os verdadeiros responsáveis pelo débito, antes de adentrar ao patrimônio daqueles singelamente indicados como devedores. A conciliação na execução também é instrumento de grande utilidade para se investigar cada caso concreto e descobrir o que está por trás das alegações valendo-se da maior e mais legítima fonte de informação que são as partes.

Este artigo tem como objetivo a análise da existência ou não do direito ao benefício de ordem do responsável subsidiário em relação aos bens dos sócios da devedora principal, o que requer o estudo da responsabilidade dos bens particulares dos sócios no tocante às dívidas da pessoa jurídica em fase de execução processual.

Ao contrário do que acontece com a solidariedade, matéria que é tratada por um capítulo inteiro do Código Civil (arts. 264 a 285), o termo “subsidiariedade” é subtraído de alguns dispositivos legais, como por exemplo, do art. 827 do Código Civil ao tratar dos contratos de fiança e estabelecer que ao ser demandado pelo pagamento da dívida, o fiador tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor. Assim, a norma civil estabeleceu uma ordem de preferência executória, denominada pelo parágrafo único do art. 827² do CC de “benefício de ordem”, segundo o qual o credor deve primeiro buscar a satisfação de seu crédito junto ao devedor principal, antes de prosseguir com a execução em face do devedor secundário ou subsidiário, que no caso é o fiador. Contudo, em seu parágrafo único impõe uma condição a este benefício: “O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor sitos no mesmo município, livre e desembargados, quantos bastem para solver o débito”.

No Direito do Trabalho, o art. 455 da CLT serviu de base para se extrair o instituto:

.....

² Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

O artigo permite a inclusão do empreiteiro principal no polo passivo da ação trabalhista, podendo resultar uma sentença condenatória com previsão de responsabilidade subsidiária daquele. Por analogia, a jurisprudência uniformizada na Súmula 331- IV, V e VI do TST reconheceu e declarou o instituto da responsabilidade subsidiária dos Contratantes denominados "tomadores de serviços": (o grifo é nosso).

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. (Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta **respondem subsidiariamente**, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

VI - A **responsabilidade subsidiária** do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

A autorização jurisprudencial para a declaração da responsabilidade subsidiária e a execução do responsável subsidiário impõe duas condições: a primeira é o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, e a segunda é que o responsável subsidiário integre o polo passivo do título executivo judicial.

A primeira questão é sobre o significado do "inadimplemento" em esfera de execução, ou seja, haverá necessidade de se apurar a insolvência, ou apenas o não pagamento pelo empregador já seria suficiente para autorizar o direcionamento da execução ao responsável subsidi-

ário? Considerando-se que a responsabilidade subsidiária pressupõe a responsabilidade primária do efetivo devedor, a melhor interpretação é no sentido de que o inadimplemento das obrigações na execução tenha o significado de incapacidade de pagamento, e não a mera recusa em pagar. O objetivo do instituto é garantir ao credor o recebimento de seu crédito, e não transferir a titularidade da dívida ao responsável subsidiário. Tanto é assim que o sistema jurídico resguarda ao responsável que for forçado a pagar dívida alheia o direito de regresso contra o devedor.

No tocante à insolvência do empregador a prova se dará pelas tentativas frustradas da execução, devendo o juiz, a pedido do exequente ou de ofício, utilizar dos meios disponíveis para a localização de bens do devedor primário (BACENJUD, RENAJUD, ARISP, INFOJUD e INFOSEG) para se constatar a impossibilidade do credor receber seu crédito do devedor. Os meios de busca online permitem a agilidade na pesquisa sem comprometer a celeridade da execução, não sendo a natureza alimentar do crédito, fundamento legal para a execução direta do responsável subsidiário. Em caso de falência, em que o juízo universal atrai todos os bens e dívidas da executada, o exequente deve comprovar que o acervo patrimonial da massa falida não é suficiente para saldar o débito trabalhista, mesmo considerando que os direitos trabalhistas estejam no topo da ordem preferencial dos créditos.

O outro requisito exigido pelo item IV da Súmula 331 do TST é que o responsável subsidiário conste do título executivo juntamente com a empregadora, devedora primária. Esta exigência é de extrema relevância para se responder se este tem direito ao benefício de ordem em relação aos sócios da empregadora que não foram incluídos no título executivo. Em nosso sistema jurídico a responsabilidade dos sócios ou ex-sócios pelas dívidas da sociedade não é objetiva e direta, requer a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, cuja teoria tem como fundamento alguns dispositivos legais.

O art. 592, II, do CPC estabelece que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei, e ainda assim, os sócios têm o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade (art. 1.024³ do CC e art. 596⁴ do CPC). Dos dispositivos legais se infere que a responsabilidade dos sócios nos casos autorizados por lei é secundária em relação à pessoa jurídica, devedora principal, cabendo aos sócios o benefício de ordem.

.....

³ Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

⁴ Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

A lei é explícita quanto às hipóteses em que os bens dos sócios poderão ser expropriados. Nos termos do art. 592, II⁵, do CPC, os bens dos sócios ficam sujeitos à execução, em razão do mau gerenciamento dos encargos sociais, conforme se depreende do disposto nos arts. 50 do CC e 28 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), aplicáveis subsidiariamente, que assim dispõem:

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

Art. 28 CDC - 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. (g.n.)

Questiona-se aqui se a má administração é dedutível do não pagamento das dívidas, se ela deve ser provada ou se cabe aos sócios o direito ou o ônus de provar que não houve má administração e que a inadimplência e/ou insolvência decorreu de outros fatores como motivo de força maior, queda brusca de mercado decorrente de fato imprevisível, etc. Pondere-se que as justificativas não podem estar dentro da margem de risco que é previsível para qualquer empresa.

Outra questão que se impõe é se os sócios respondem com todo o patrimônio particular pelas dívidas da sociedade, independentemente do tipo de sociedade que integra, desconsiderando-se totalmente o contrato social, o percentual societário e o período em que integrou a sociedade, se anterior, posterior ou concomitante ao período em que o débito foi constituído. A resposta a esta indagação é fundamental para se assegurar o benefício de ordem do responsável subsidiário em relação aos bens dos sócios. Analisando-se sistematicamente nosso or-

.....

⁵ Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:
(...)

II - do sócio, nos termos da lei;

denamento jurídico, conclui-se que os bens particulares dos sócios não respondem incondicionalmente pelas dívidas da sociedade, logo não há amparo legal para se admitir o benefício de ordem incondicional do responsável subsidiário em relação aos sócios com base no argumento de que os sócios também são devedores primários operando-se sobre eles diretamente os efeitos da condenação.

Outro argumento contrário ao referido benefício de ordem é a coisa julgada. Não obstante a responsabilidade secundária dos sócios estranhos ao título executivo possa ser reconhecida na fase de execução, respeitado o devido processo legal, carece de amparo legal a afirmação de que esta responsabilidade precede à responsabilidade do devedor subsidiário que, tendo exercido o pleno contraditório, figurou no título executivo. Ora, a previsão jurisprudencial para a legitimidade passiva na execução quanto ao responsável subsidiário revela a importância da força da coisa julgada, não cabendo a este o direito ao benefício de ordem em relação aos sócios que não foram condenados diretamente e que não sofreram os efeitos da coisa julgada.

Nesse cenário, alguns Tribunais Regionais do Trabalho uniformizaram sua jurisprudência:

O E. TRT da 3ª Região publicou em 13.07.2011, a Orientação Jurisprudencial N. 18, nos seguintes termos:

EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. RESPONSABILIDADE EM TERCEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA.

É inexigível a execução prévia dos sócios do devedor principal inadimplente para direcionamento da execução contra o responsável subsidiário.

Na mesma corrente, o E. TRT da 4ª Região publicou, em 14.6.2012, a Orientação Jurisprudencial de N.º 6, que assim dispõe:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SUBSIDIÁRIO.

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.

Em sentido contrário o E. TRT da 10ª Região, acolhendo Incidente de Uniformização de Jurisprudência, publicou em 05.12.2008 o Verbete n.º 37/2008, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. SÓCIOS DO DEVEDOR PRINCIPAL. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. ORDEM DE EXECUÇÃO. O direcionamento da execução contra o tomador de serviços em razão da responsabilidade subsidiária reconhecida, somente deve ocorrer após as tentativas frustradas de se promover a execução contra o devedor principal, seus sócios e administradores, em razão da desconsideração da sua personalidade jurídica. (IUI-00382-2008-000-10-00-2).

O E. TRT da Segunda Região não tem jurisprudência sumulada sobre o assunto e comporta julgamentos divergentes dependendo da composição das Turmas. Neste caso, melhor seria que a sentença fosse expressa quanto à responsabilidade e ordem de preferência da execução, permitindo discussão da matéria em recurso ordinário antes que se configure a coisa julgada.

Conclusão

A execução dos bens dos sócios da devedora principal, cujos nomes não constem no título executivo não é requisito para o redirecionamento da Execução em face da responsável subsidiária.