

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - EMPRESA
TERCEIRIZADA¹**

Alan Soares Eleutério²
Bruno Wurmbauer Junior³
Marcelo Ferreira Soares Raposo⁴

1 FATOS

Trata-se de ação de execução provisória manejada a partir da sentença proferida nos autos da Ação Coletiva proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores no Estado de Minas Gerais.

A ação foi proposta em face da empresa terceirizada, 1ª Reclamada, que figura no feito como devedor principal, e também contra a Excipiente, incluída no polo passivo da ação como 3ª Reclamada, imputando-lhe responsabilidade subsidiária.

O pleito provisório, contudo, infringe normas materiais e de processo que impedem a execução concomitante, apontando-se, ainda, ausência de exigibilidade do título sujeito a condição suspensiva.

2 CABIMENTO

A admissibilidade da exceção de pré-executividade é amparada pela necessária análise de questões de ordem pública, imperativas, portanto, e adstritas à higidez do título executivo que no presente caso não é dotado da característica da exigibilidade.

Nesse sentido, uma vez imposta à excipiente a

¹ Peça processual emitida no processo judicial n.º 0000000-00.2000.5.03.0000, em versão adaptada para publicação.

² Advogado (2003) pelo Centro Universitário de Sete Lagoas. Pós Graduação em Direito Público (2005) pela Universidade Cândido Mendes. Advogado Técnico no Projeto Social financiado pelo Ministério da Saúde e ONU (2009) Gerente de Contratos no Município de Belo Horizonte (2012 - 2014). Advogado da Ebserh. E-mail: alan.eleuterio@ebserh.gov.br.

³ Bacharel (1995) e mestrado (2014) em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado inscrito na OAB/DF desde 2015. Advogado da Ebserh e Chefe da Divisão Jurídica de Controladoria. E-mail: bruno.junior@ebserh.gov.br

⁴ Advogado desde 2007, com foco nas áreas trabalhista e previdenciária. Advogado da Ebserh.. E-mail: marcelo.raposo@ebserh.gov.br

responsabilidade subsidiária, deve ser observado o benefício de ordem, comprovando a Excepta as diligências feitas, inclusive, se for o caso, com incidente de desconsideração de personalidade jurídica, o que, até o momento, não se apresenta no feito, fulminando, portanto, de imediato a presente execução provisória.

Portanto, tratando-se de matéria cogente, tem-se por necessário processamento da presente exceção de pré-executividade, a qual poderia inclusive ser conhecida de ofício pelo julgador.

3 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – INÉPCIA DA INICIAL

Tratando-se de matéria de ordem pública, devem ser analisadas de ofício pelo Juiz, não ficando sujeita à preclusão, por expressa redação do Art. 337 do CPC.

A esse respeito, é inepta a inicial quando não atendidas as prescrições do art. 320 do CPC que exige que ao postular em juízo deve o autor instruir o feito com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

No caso, entretanto, a Excepta não comprova qualquer diligência em face da 1ª Reclamada, não se desincumbindo de comprovar que a condição para a exigibilidade em face da 3ª Reclamada, de fato se realizou.

Desta forma, tratando-se de matéria prevista no Art. 337, IV do CPC deve ser admitida análise neste grau de jurisdição, conforme leciona a doutrina:

"Ordem pública. As matérias enumeradas no CPC 337 devem ser analisadas ex officio pelo juiz, não estão sujeitas à preclusão e podem ser examinadas a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (CPC 485 § 3.º). (...) As únicas matérias do rol do CPC 337 que não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz são a incompetência relativa e a existência de convenção de arbitragem." (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17ª ed. Editora RT, 2018. Versão ebook, Art.337)

Nesse sentido:

Matéria de ordem pública - Preclusão e coisa julgada - Não reconhecimento - A decisão judicial que aprecia matéria de ordem pública não preclui, tampouco faz coisa julgada - Dever de apreciação - Expressão de poder de jurisdição e do império do Estado - Questão de ordem pública - Possibilidade de conhecimento independentemente de alegação e, portanto, de impugnação em qualquer fase processual (CPC/73, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, atual artigos 485 § 3º e 337 §5º do CPC) [...] (TJSP; Agravo de Instrumento 2148692-77.2018.8.26.0000; Relator (a): Henrique Rodriguero Clavasio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2018)

Portanto, requer seja analisada a presente arguição que tangencia a inépcia do feito executório.

4 NO MÉRITO

4.1 Condenação subsidiária – observância do benefício de ordem – da impossibilidade de execução em face da excipiente sem que antes tenha havido tentativa de execução do devedor principal. Art. 535, inciso III do NCPC. Desconsideração da personalidade jurídica

A Excipiente foi condenada subsidiariamente, só devendo responder pelo débito em havendo impossibilidade de adimplemento da obrigação pela devedora principal.

A obrigação é inexigível quando penda alguma condição ou termo que iniba a eficácia do direito reconhecido na sentença. A obrigação consubstanciada no título executivo precisa ser certa, líquida e exigível. (CUNHA. Leonardo Carneiro de. A Fazenda pública em Juízo. 13º Edição. Rio de Janeiro: Editora forense, 2016, página 342.)

Convém ressaltar, sob esse aspecto, que antes de a Excipiente ser acionada, faz-se necessário que a reclamada principal seja executada, só havendo possibilidade de responsabilização da 3ª Reclamada se não for possível quitar a dívida com os bens da empresa ou de seus sócios.

In casu, nota-se que não houve esgotamento de todas as possibilidades de recebimento pela devedora principal, tendo em vista que a Excepta se quer comprova qualquer diligência de pesquisa de bens junto ao INFOJUD e RENAJUD.

Cediço que doutrina e jurisprudência não admitem que a execução dos devedores subsidiários deva ser efetuada simultaneamente com os devedores principais, justamente porque a condenação não é solidária.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho na obra Novo Curso de Direito Civil, Vol. II – Obrigações, destacam que “Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva)”. Ele acrescenta ainda que, “segundo o nosso direito positivo, a solidariedade — passiva ou ativa —, por princípio, não se presume nunca, resultando expressamente da lei ou da vontade das partes (art. 265 do CC/2002).”

Fazendo a diferenciação para com o conceito de responsabilidade subsidiária, ele define que “Na responsabilidade subsidiária, por sua vez, temos que uma das pessoas tem o débito originário e a outra tem apenas a responsabilidade por esse débito. Por isso, existe uma preferência (dada pela lei) na “fila” (ordem) de excussão (execução): no mesmo processo, primeiro são demandados os bens do devedor (porque foi ele quem se vinculou, de modo pessoal e originário, à dívida); não tendo sido encontrados bens do devedor ou não sendo eles suficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável em caráter subsidiário, por toda a dívida.”

Desta forma, tem-se daí que a condenação subsidiária dos autos não poderia simultaneamente ser executada, de forma provisória, das três executadas. Primeiramente, a Exequente deve promover a execução contra a empresa terceirizada e, somente no caso de o feito executivo contra aquela empresa restar infrutífero, é que poderá então ajuizar processo executivo contra a Excipiente.

Os títulos executivos devem cumprir os requisitos do art. 783 do CPC.

Outro ponto que merece ser destacado é que a desconsideração da personalidade jurídica também é requisito para o redirecionamento da execução.

Nos termos da Resolução nº 203/2016 do TST, é plenamente cabível na execução trabalhista o juiz do trabalho terminar tal desconsideração.

Dessa forma, antes do redirecionamento da execução, faz-se necessário a execução em face da empresa terceirizada. Além disso, a Excipiente pleiteia a decretação da desconsideração da personalidade jurídica dos sócios da empresa terceirizada, a fim de que os sócios sejam chamados a responder pelo crédito exequendo.

4.2 Ausência de exigibilidade – título sujeito a condição suspensiva

Conquanto confunda-se com a preliminar de inépcia arguida como matéria de ordem pública cabe reafirmar que a Excepta deixou de juntar documento indispensável à propositura da ação, ausente, pois, a comprovação de que, em relação à 3ª Reclamada, o título formado já se encontra apto a ser exigido.

Assim, ausente o requisito legal da exigibilidade do título, deve a pretensão ser extinta em relação a 3ª Reclamada.

4.3 Da execução provisória de condenação em obrigação de fazer – medida satisfativa exauriente impossível de ser cumprida pela excipiente

Também é dito na exordial que “foi determinado ainda a obrigatoriedade de baixa na CTPS da obreira, no prazo de 5 dias, a contar de intimação específica nesta execução, sob pena do pagamento de multa diária de R\$ 100,00 por dia de atraso, por empregado substituído, limitada a R\$ 3.000,00 por empregado (art. 536 do CPC), ressalvado entendimento diverso do Juízo da execução.”

A obrigação de baixa na CTPS obreira, é obrigação impossível à empresa pública, já que ela não é a empregadora, não assinou as carteiras de trabalho, não as têm sob sua guarda e, deste modo, não pode cumprir a obrigação personalíssima de dar baixa na carteira de trabalho da Exequente, que é da empresa terceirizada Ltda.

Mesmo que fosse possível, cabe destacar ainda que a execução provisória de obrigação de fazer é vedada pela legislação trabalhista, conforme o que determina o art. 899 da CLT, que limita a execução provisória aos atos expropriatórios, mesmo assim somente até a penhora, sem que sejam liberados à parte exequente.

A vedação se justifica porque a concretização da medida – no caso a baixa das anotações na CTPS – é medida que exaure o objeto de pedido que ainda está sob exame do poder judiciário e que pode muito bem ser revertido judicialmente. Neste sentido, observa-se o precedente desse e. TRT da 3ª região:

OBRIGAÇÃO DE FAZER.
IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO
PROVISÓRIA. [...] (TRT da 3.ª Região; PJe:
0010388-13.2016.5.03.0027 (AP);
Disponibilização: 20/06/2017,
DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 318; Órgão
Julgador: Terceira Turma; Redator: Camilla
G.Pereira Zeidler)

No caso, caso se permita a baixa da CTPS, não haverá como reverter a medida no caso de desconstituição posterior da decisão judicial originária, o que é possível no âmbito do processo originário, a ação coletiva que ainda está em curso.

Também aqui, como se vê, o título executivo não pode ser manejado em desfavor das Executadas condenadas solidariamente, dado que elas sequer detêm legitimidade para dar a pretendida baixa na carteira de trabalho da Exequente. Outrossim, mesmo que pudessem, a execução provisória também seria proibida por se tratar de medida plenamente satisfativa, constituindo-se em obrigação de fazer cujo cumprimento não é permitido senão após o trânsito em julgado do título executivo.

5 VIOLAÇÃO AO REGIME DE RPV E PRECATÓRIO - RECONHECIMENTO DA PRERROGATIVA DE FAZENDA PÚBLICA

De início, cabe o registro de que a presente execução é movida em face de Excipiente cuja finalidade pública volta-se inteiramente ao desenvolvimento de atividade típica de Estado, dedicada, pois, à

assistência médico-assistencial exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde, bem como à formação dos profissionais de saúde do país, estudantes da rede pública de ensino nas universidades federais.

Deve, por tal razão, ser dito, que a atividade da Excipiente, por sua peculiaridade não se amolda inteiramente às prescrições do art. 173 da CF/88, desempenhando sim, sem qualquer grau de concorrência atividade assistencial no âmbito do SUS, realizada, inclusive de modo complementar à prestação de serviços prestados por Estados e Municípios, também no Sistema Único de Saúde.

Teratológica, portanto, seria a interpretação de que a atividade médico-assistencial prestada no SUS, diretamente pelo União, Estados, Distrito Federal e Municípios é tipicamente pública de Estado e a aquela, igualmente desempenhada pela Excipiente no âmbito do SUS não o seria. Tal raciocínio viola sobremaneira a lógica da complementariedade do Direito a Saúde que permeia a estruturação de todos o sistema de saúde pública brasileiro.

Veja-se que em recentíssimo acórdão, publicado em 18/12/2020, o TST reconheceu tratamento análogo ao de Fazenda Pública:

“1) AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA - EXTENSÃO DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (Ebserrh), NO QUE TANGE À ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DE DEPÓSITO RECURSAL - CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DA EMPRESA PÚBLICA - PROVIMENTO. [...] (RR-252-19.2017.5.13.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 18/12/2020).

O TST concluiu que a Excipiente possui particularidades, como empresa pública, que autorizam que lhe sejam estendidos os benefícios da Fazenda Pública quando demandada em juízo.

Nesse ponto, reconhecida como deve ser as prerrogativas de Fazenda Pública à Excipiente, o manejo da presente execução provisória viola o regime de precatórios estabelecido no art. 100 da CF/88, em prejuízo, portanto, à entidade.

6 CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade, também, conhecida como objeção de pré-executoriedade, é instrumento processual que antecede à execução. A execução pressupõe, necessariamente, a constrição de bens do devedor e a exceção de pré-executividade visa exatamente evitar essa agressão patrimonial, em razão de nulidade da execução.

Inegável, portanto, que o art. 265, IV do CPC deve ser aplicado analogicamente ao seu processamento, uma vez que, a finalidade desse dispositivo é justamente suspender o curso do processo principal enquanto não decidida questão prejudicial alegada por via excepcional.

Como se vê, todas as situações consagradas no art. 265, IV do CPC refletem a existência de questão prejudicial que, caso não seja resolvida previamente, poderá acarretar prejuízo ao julgamento de mérito da própria exceção de pré-executividade.

Pede-se, desta forma, seja reconhecido o efeito suspensivo à presente exceção de pré-executividade

7 PEDIDOS

Ex positis, a Excipiente requer a Vossa Excelência a atender aos seguintes pedidos:

a. O recebimento e o processamento do presente pedido, nos termos do Art. 525 do CPC;

b. Seja acolhida a preliminar de inépcia arguida com a extinção imediata da ação de execução em relação a 3ª Reclamada;

c. No mérito, seja acolhido o presente pedido, reconhecendo-se o benefício de ordem em relação a 3ª Reclamada;

c. A concessão de efeito suspensivo á presente Exceção de Pré-Executividade;

d. A condenação do Exequente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% do valor da Execução e ao pagamento das custas judiciais.