



# **REVISTA TRABALHISTA**

## **Direito e Processo**





# REVISTA TRABALHISTA

## Direito e Processo





© Copyright

*Revista Trabalhista*

---

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —  
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração seqüencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 27, não havendo  
interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e  
Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil. 3. Legislação  
trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho  
(Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

---

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a  
partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico,  
inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão  
expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

*Produção Gráfica e Editoração Eletrônica:* **R. P. TIEZZI**

*Capa:* **FABIO GIGLIO**

*Impressão:* **HR GRÁFICA E EDITORA**

---

© Todos os direitos reservados

**LTr**<sup>®</sup>

**EDITORA LTDA.**

*Rua Jaguaribe, 571 — CEP 01224-001 — Fone (11) 2167-1101  
São Paulo, SP — Brasil — [www.ltr.com.br](http://www.ltr.com.br)*

---

LTr 4569.4

Novembro, 2011



PRESIDENTE ANAMATRA  
**RENATO HENRY SANT'ANNA**

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

**ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA**

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região — RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

**CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO**

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Membro Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da AMATRA 12. Professor honoris causa da Academia Catarinense da Advocacia Trabalhista. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC. Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis — 12ª Região (SC).

**CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA**

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito das Relações Sociais — Direito do Trabalho pela PUC/SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor universitário. Juiz Titular da 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte — 3ª Região (MG).

**GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO**

Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté-SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG**

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

**JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS**

Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

**NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI**

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNISUL — Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Diretor de Formação e Cultura da ANAMATRA (gestão 2011-2013). Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão — 12ª Região (SC).

**REGINALDO MELHADO**

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.



# Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i> .....	9
<i>Opinativo</i> .....	11
<b>Doutrina</b>	
A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho <i>José Roberto Freire Pimenta</i> .....	15
Direito fundamental de ação trabalhista <i>Augusto César Leite de Carvalho</i> .....	43
Despedir sem fundamentar é um direito do empregador? <i>Noemia Porto</i> .....	68
Dever de gestão processual adequada <i>Edilton Meireles</i> .....	84
Novos textos, velhas leituras: o esvaziamento normativo da Constituição nas decisões do TST <i>Ricardo Lourenço Filho</i> .....	96
Impetração de mandado de segurança na justiça do trabalho em face de ato do empregador estatal <i>Cláudio Dias Lima Filho</i> .....	112
A Convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade, em face do direito interno brasileiro <i>José Soares Filho</i> .....	125
A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa. Um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva <i>Ben-Hur Silveira Claus</i> .....	142
O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego <i>Oscar Krost</i> .....	154
O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista <i>Gustavo Fontoura Vieira e Lucas Pacheco Vieira</i> .....	165



A “pejotização” da pessoa física, através da figura do microempresário individual: competência para julgamento <i>Rodrigo Cândido Rodrigues</i> .....	187
A prescrição: direito ou diretiva? <i>Alexei Almeida Chapper</i> .....	195
Psicologia do acordo judicial trabalhista <i>Graziella Ambrosio</i> .....	217
A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo <i>Gabriel Freitas Maciel Garcia de Carvalho</i> .....	227

## **Jurisprudência**

### **— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho**

### **— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho .....	249
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região .....	256
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região .....	265

## **Sentenças**

1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté .....	273
--	-----

<b>Índice Geral</b> .....	291
---------------------------	-----





# Abreviaturas e Siglas Usadas

---

ABNT .....	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos) .....	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC .....	Código Civil
CCB .....	Código Civil Brasileiro
CDC .....	Código de Defesa do Consumidor
CF .....	Constituição Federal
CLT .....	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC .....	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP .....	Código Penal
CPC .....	Código de Processo Civil
CPP .....	Código de Processo Penal
CTB .....	Código de Trânsito Brasileiro
CTN .....	Código Tributário Nacional
DOE .....	Diário Oficial do Estado
DOU .....	Diário Oficial da União
EC .....	Emenda Constitucional
ECA .....	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS .....	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS .....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP .....	Medida Provisória
NBR .....	Norma Brasileira Regulamentada
OIT .....	Organização Internacional do Trabalho
STF .....	Supremo Tribunal Federal
STJ .....	Superior Tribunal de Justiça
TJ .....	Tribunal de Justiça
TRT .....	Tribunal Regional do Trabalho
TST .....	Tribunal Superior do Trabalho







# Editorial

---

O presente volume coloca em destaque vários temas delicados e controvertidos, em especial a terceirização de serviços.

A dignidade humana foi adotada como princípio de organização social pela Constituição da República de 1988 e a sua tutela e promoção constitui pressuposto da construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

Toda forma de fragilização do direito do trabalho significa, em última análise, fragilização da defesa e promoção da dignidade humana do homem e conduz à substituição da dignidade humana pela precarização como princípio de organização social.

A terceirização de serviços coloca em cheque a capacidade de o direito do trabalho cumprir a sua função protetiva da dignidade do trabalhador, pela absorção das novas modalidades de exercício de poder diretivo pelo tomador dos seus serviços, que fazem o trabalhador subordinado às diretivas que definem a estrutura do empreendimento no qual a sua atividade se insere, distinguindo com clareza o empregador real e o empregador aparente, e definição dos devedores da obrigação de satisfação dos créditos decorrentes da prestação de serviços, despersonalizando esta obrigação, com a sua atribuição a todos os beneficiados pelos serviços.

Este último aspecto da questão traz à baila a responsabilidade da Administração Pública pela satisfação dos créditos dos empregados das empresas por ela contratadas, exigindo a afirmação de que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 não torna a Administração Pública isenta de responsabilidade pelos seus atos e opções e que as soluções econômicas e administrativas devem ser mediadas pelo respeito ao valor social do trabalho e à dignidade do homem que sobrevive do seu trabalho.

Ao discurso da globalização, concorrência internacional, eficiência, excelência e flexibilidade da produção impõe-se a reafirmação da necessária harmonia entre livre iniciativa, valor social do trabalho e dignidade humana, como saída para a desumanização da relação de emprego e do próprio trabalhador e como exigência do Estado Democrático de Direito.

*Comissão Editorial*





# Doutrina

---





# A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>(\*\*)</sup>

José Roberto Freire Pimenta<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ O presente artigo se propõe a investigar se o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, literal e isoladamente interpretado e aplicado, é suficiente para, *a priori*, absolver o ente público de qualquer responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços ou, ao contrário, se há outros preceitos legais, no ordenamento jurídico brasileiro, que podem e devem ser aplicados de forma simultânea e sistemática no julgamento desses dissídios individuais, para permitir a conclusão de que o ente público tomador dos serviços dos trabalhadores terceirizados tem, nesses casos, o dever legal de fiscalizar o cabal e tempestivo cumprimento, por aquela empregadora, de suas próprias obrigações trabalhistas.

## Palavras-chave

- ▶ Terceirização – administração pública – responsabilidade subsidiária – créditos trabalhistas.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução: a antiga redação do item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC n. 16-DF em que se julgou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993

---

(\*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC/MG, nas áreas de Mestrado e Doutorado.

---

(\*\*) Este trabalho resulta da palestra *Terceirização e o Supremo Tribunal Federal* feita pelo autor em 15.4.2011, em Brasília, no 16º Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, promovido pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).





- ▶ 2. A terceirização no Brasil, em geral e na Administração Pública. A evolução de seu tratamento legal e jurisprudencial
- ▶ 3. A modificação da jurisprudência do STF quanto à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal e seus efeitos sobre a aplicação da Súmula n. 331, item IV, em sua redação original
- ▶ 4. O verdadeiro teor do julgamento da ADC n. 16-DF e suas consequências sobre a responsabilidade patrimonial da Administração Pública nas terceirizações
- ▶ 5. A ponderação dos princípios, dos direitos e dos interesses públicos e privados em contraste e a apuração da responsabilidade extracontratual dos entes públicos nos casos de terceirização de serviços.
- ▶ 6. A questão da distribuição do ônus da prova entre os litigantes
- ▶ Considerações finais
- ▶ Referências

### 1. Introdução: a antiga redação do item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC n. 16-DF em que se julgou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993

Em sessão de 24.11.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em Ação Declaratória de Constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993<sup>(1)</sup>, tendo ficado vencido parcialmente apenas o Ministro Ayres Britto, que dava pela sua inconstitucionalidade somente no que respeita à terceirização de mão de obra.

Como se sabe, o ponto nuclear da discussão ali travada foi o de determinar se as

decisões proferidas pelas Cortes Trabalhistas, tomadas com base na redação, então em vigor, do item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>(2)</sup>, condenando, como responsáveis subsidiários, os entes públicos tomadores dos serviços dos trabalhadores terceirizados ao pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas por seus empregadores, que celebraram com a Administração Pública, em estrita observância da referida Lei de Licitações, contratos administrativos para a prestação contínua de serviços, teriam ou não implicado, necessariamente, considerar inconstitucional aquele § 1º do art. 71 daquela Lei, ainda que de forma implícita.

Na medida em que esse dispositivo da lei federal jamais foi declarado inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (ou, aliás, por qualquer

(1) "Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, **previdenciários, fiscais e comerciais** resultantes da execução do contrato.

§ 1º **A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilização por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis." (destacou-se – redação dada pelo art. 4º da Lei n. 9.032, de 28.4.95).

(2) "Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial** (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993)". (grifou-se)



outro Tribunal do Trabalho) por meio do específico incidente de inconstitucionalidade regulado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelos órgãos fracionários dos Tribunais que não tivessem absolvido os entes públicos de qualquer responsabilidade por aquelas obrigações trabalhistas, por aplicação direta e automática do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, teriam, na verdade, considerado inconstitucional esse preceito de lei embora sem o explicitar, com violação da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal<sup>(3)</sup> e, em consequência, da Súmula Vinculante n. 10.<sup>(4)</sup>

Em decorrência daquela decisão e a partir de então, passaram a ser proferidas decisões liminares e finais pelo STF em centenas de Reclamações e de Agravos Regimentais em Reclamações ajuizadas pelos entes públicos condenados pelos órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas, com base no item IV da Súmula n. 331 do TST, todas elas cassando aquelas condenações e determinando, em consequência, o retorno dos autos de cada processo aos órgãos que as haviam proferido, para prolatarem outras decisões.<sup>(5)</sup>

- 
- (3) "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."
- (4) Súmula Vinculante n. 10: "Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte."
- (5) Como se sabe, os arts. 102, inciso I, I, e 103-A, § 3º, da Constituição Federal estabelecem, respectivamente, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a reclamação "para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões" e, nos casos referentes a súmulas vinculantes, para cassar "a decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar", quando "determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

Essa situação, afetando dezenas de milhares de trabalhadores terceirizados de todo o país que já haviam obtido a condenação dos entes públicos aos quais prestaram serviços e um número bem maior de reclamantes com ações trabalhistas semelhantes ainda em curso, causou enorme perplexidade em todos os operadores do Direito do Trabalho, pela gravidade das consequências que aparentemente adviriam daquela decisão da mais alta Corte de Justiça brasileira. Com efeito, o afastamento da responsabilidade subsidiária daqueles entes públicos que se utilizaram dos trabalhadores terceirizados pela automática e absoluta aplicação da literalidade daquele preceito da Lei de Licitações, em todo e qualquer caso trabalhista, deixaria ao desamparo todos aqueles empregados que somente estavam executando o responsável subsidiário daquelas obrigações trabalhistas porque o patrimônio de seu empregador e devedor principal já se mostrara, em cada processo, incapaz de suportar seu adimplemento.

No entanto, foi possível verificar, por meio do exame dos *fundamentos determinantes* daquela decisão, que aquele pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, embora tenha implicado significativa modificação de seu posicionamento anterior sobre a necessidade de rigorosa observância dos ditames de sua Súmula Vinculante n. 10 pelos órgãos fracionários dos Tribunais e declarado expressamente ser constitucional o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, não acarretou, na verdade, consequência tão drástica para os milhões de trabalhadores terceirizados interessados.

Como se demonstrará a seguir, naquele julgamento, o *Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu*, com base naquele preceito legal e como pretendiam as centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos daquela Ação Direta de Constitucionalidade, *a total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que*





*lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados* – apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Esta é, portanto, a questão crucial remanescente: pode a Administração Pública, ao contratar, após regular procedimento licitatório, determinada empresa fornecedora de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de modo contínuo, simplesmente ignorar, no curso daquele contrato administrativo e no momento de sua rescisão, se esta, na condição de empregadora, está ou não cumprindo, a tempo e a modo, todas as obrigações trabalhistas (constitucionais, legais e as estabelecidas em normas coletivas de trabalho) para com seus empregados, de cujos serviços o ente público é tomador?

Em outras palavras, o preceito do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, literal e isoladamente interpretado e aplicado, é suficiente para, *a priori*, absolver o ente público de qualquer responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços ou, ao contrário, há outros preceitos legais, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, que podem e devem ser aplicados de forma simultânea e sistemática no julgamento desses dissídios individuais, para permitir a conclusão de que o ente público tomador dos serviços dos trabalhadores terceirizados tem, nesses casos, o dever legal de fiscalizar o cabal e tempestivo cumprimento, por aquela empregadora, de suas próprias obrigações trabalhistas, e, não havendo sido provado que assim o fez, terá incorrido em conduta culposa (ainda que omissiva), ensejadora de sua responsabilidade extracontratual pelos danos a eles causados, nos estritos termos da legislação civil, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT?

Para bem compreender por que a segunda alternativa é, sem dúvida, a correta, cumpre-se, antes de tudo, lembrar o conceito e o papel da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho bem como a evolução do tratamento legal e jurisprudencial que lhe foi dado em nosso país.

## **2. A terceirização no Brasil, em geral e na Administração Pública. A evolução de seu tratamento legal e jurisprudencial**

Expressão, no campo das empresas privadas, da passagem do modelo *fordista* de organização produtiva para o *toyotista* e, na esfera da Administração Pública, do abandono do paradigma do Estado do Bem-Estar Social intervencionista em prol da adoção do modelo de Estado mínimo e enxuto propugnado pelas ideias neoliberais, o fenômeno da terceirização sempre manteve uma relação de tensão e até mesmo de antagonismo com o Direito do Trabalho, por sua evidente falta de sintonia com os princípios fundamentais deste ramo do Direito.

Isso se dá porque a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica (que é bilateral, entre empregado e empregador). Nas clássicas palavras do Ministro Mauricio Godinho Delgado, a terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”.<sup>(6)</sup>

(6) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 426. Para o aprofundamento do conceito e do significado da terceirização no processo produtivo capitalista, bem como da necessidade de se promover o seu controle civilizatório pela ordem jurídica brasileira, consultem-se ainda, além da obra recém-citada (p. 426-428 e 457-466), DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização – paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 92-127; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São





Por seu intermédio, o ordenamento jurídico permite que se estabeleça uma relação de trabalho *trilateral*, por meio da qual o trabalhador presta serviços de natureza não eventual a um tomador que, embora continue a dirigir e a assumir os riscos de seu empreendimento, deixa de ser considerado o seu empregador, que passa a ser outro sujeito – a empresa intermediária – que fornece a mão de obra terceirizada e lhe paga o salário (o qual, no entanto, compõe o preço do serviço quitado a este fornecedor pela empresa tomadora).

É fácil de perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural, as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o Direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços. Repita-se: é apenas o Direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de uma relação contratual diversa da relação de emprego.

Por isso mesmo é que vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominada *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de reles venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que se apropriaria de parte do valor da remuneração que, uma

vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho.<sup>(7)</sup>

Não é apropriado nem necessário narrar aqui, em detalhes, a complexa evolução normativa e jurisprudencial do tratamento que o fenômeno da *terceirização* recebeu em nosso país.<sup>(8)</sup>

(7) É o caso, por exemplo, da França, cujo Código do Trabalho, em seu Capítulo V, proclama ser vedada a *marchandage* por prazo indeterminado, assim entendida “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que cause prejuízo ao assalariado ou impeça a aplicação dos dispositivos da lei, regulamento, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (art. L. 125-1), uma vez que o seguinte art. L. 125-3 reitera ser proibida “toda operação com fim lucrativo que tenha por objeto exclusivo a prestação de mão de obra”, com exceção do trabalho temporário regulado pela correspondente Lei de 1972 e pelo art. L. 141-1 do mesmo Código (*apud* AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva. *Terceirização e direito comparado*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 145-146. No mesmo sentido dispõe a Convenção n. 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage* (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas). Mônica Valente (A terceirização nos serviços públicos: trabalho decente e serviço público de qualidade. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (orgs.). *Terceirização no Brasil – do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, 2009. p. 103-105) notícia que, mais recentemente (a partir de 2002), foi retomado esse debate no âmbito daquela Organização e apesar da forte resistência dos representantes dos empregadores, tendo sido aprovada, em 2006, a Recomendação n. 198, que busca criar elementos para uma política nacional de proteção efetiva aos trabalhadores no marco de uma relação de trabalho entre empregador e empregado, estabelecendo indicadores (como, por exemplo, se há integração do trabalhador na organização da empresa) que caracterizem uma relação de trabalho direta e, assim, combater as relações de emprego encobertas sob o manto da terceirização.

(8) Para uma completa exposição dessa evolução, consultem-se FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. *Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.).

Paulo: LTr, 2009. p. 23-50, e a parte introdutória, redigida por Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques*. In: *LTr* 75-03/282-286, mar. 2011 e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 1, n. 1, p. 54-64, jan./mar. 2011.



Basta, por ora, apenas registrar que, no campo da Administração Pública, a terceirização recebeu tratamento legal pioneiro por meio do Decreto-lei n. 200/1967, que, ao pretender promover a reforma administrativa e como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e atividades internas que, pela natureza altamente especializada ou pela necessidade apenas transitória, não justificariam a criação de carreiras públicas, e isso por meio da contratação de entidades da iniciativa privada (art. 10, § 7º).

Logo em seguida e no campo das atividades privadas, a Lei n. 6.019, de 1974, foi o primeiro diploma legal que, nas hipóteses específicas de que tratava (o trabalho temporário nas empresas urbanas, destinado a atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços), dissociou, de forma expressa, a figura jurídica do empregador, que passou a ser a empresa fornecedora daquela mão de obra, daquele tomador (ou beneficiário) dos serviços prestados por estes trabalhadores, quebrando-se, assim, o paradigma clássico da relação bilateral de trabalho. Anos depois, a Lei n. 7.102, de 1983, ao disciplinar o sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, também veio a admitir a prestação, por empresa especializada contra-

tada, de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores.

Como se sabe, com a disseminação da terceirização por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra e o ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30.9.1986, aprovou a Súmula n. 256, por meio da qual restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974; e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

No entanto, no âmbito da Administração Pública, o Decreto-lei n. 2.300/1986, que também veio a disciplinar as licitações antes da Lei n. 8.666/1993, admitiu, em seus arts. 1º e 5º, inciso II, a contratação, pela via da terceirização, dos serviços ali especificados e a própria Constituição de 1988, por sua vez, previu expressamente, em seu art. 37, inciso XXI, a figura da contratação de serviços. Diante dessa clara ampliação normativa das hipóteses de terceirização lícita no campo da atividade dos entes públicos, a própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pouco a pouco e mesmo no campo das empresas privadas, foi mitigando o rigor de seu Enunciado n. 256 para distinguir da mera intermediação de mão de obra, que continuou considerando ilícita, a prestação de serviços técnicos especializados, situação que tornaria lícita a terceirização e que, aos poucos, foi sendo ampliada para abranger, em princípio, todas as atividades-meio do tomador dos serviços.

---

*Terceirização no direito do trabalho.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81-118 e GODINHO, *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 428-436 e, no âmbito específico da terceirização no serviço público, AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*, cit., p. 103-134 e a parte de autoria da professora Gabriela Neves Delgado (VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques.* In: *LTr* 75-03/286-290, mar. 2011 e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 1, n. 1, p. 64-71, jan./mar. 2011).





Em outubro de 1993, o Tribunal Superior do Trabalho, consagrando essa gradativa flexibilização do tratamento dado à terceirização por sua jurisprudência nos anos anteriores, acabou por revisar a Súmula n. 256 e editou, em seu lugar, a Súmula n. 331. Esta, em síntese, passou a admitir como lícita a terceirização em atividades-meio, como instrumento capaz de permitir que a empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores terceirizados se especialize em sua vocação essencial (isto é, no desenvolvimento de suas atividades-fim). Mas, como uma contrapartida essencial e inafastável capaz de impedir que a terceirização se convertesse em puro e simples instrumento de precarização e de desproteção dos trabalhadores terceirizados, assegurou proteção patrimonial a esses por meio da atribuição, ao tomador de seus serviços, de responsabilidade subsidiária pelo adimplemento de seus direitos trabalhistas que não tenham sido satisfeitos por seu empregador.<sup>(9)</sup>

Em rica e detalhada exposição, o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim descreve como a edição da Súmula n. 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho,

(9) "Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial." (Redação original que lhe foi dada pela Resolução n. 23, DJ 21, 28.12.1993 e 4.1.1994).

ao final de 1993, foi a culminação de um acirrado debate interno e uma espécie de solução de compromisso entre as diversas correntes de pensamento então existentes nesta Corte sobre a matéria e que, nos anos anteriores e desde a edição da Súmula n. 256, dividiam-se entre os que manifestavam preocupação com os efeitos da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho (razão pela qual eram favoráveis à manutenção do Enunciado n. 256) e aqueles que preconizavam a modernização desse ramo do Direito para absorver uma nova realidade econômica que, no seu entender, não poderia mais ser ignorada (motivo pelo qual propugnavam a flexibilização da interpretação jurisprudencial sobre o tema, com a revogação daquele enunciado e a edição de uma nova e menos restritiva súmula). O novo consenso produzido foi, como se sabe, deixar de presumir, como antes fazia a primeira súmula, que a terceirização em atividade-meio constitui um artifício fraudulento de comercialização de mão de obra (a *marchandage*), passando-se a presumir exatamente o contrário, ou seja, que essa terceirização nas atividades-meio das empresas privadas e dos entes públicos em geral constitui um veículo de especialização dos tomadores dos serviços em sua vocação essencial.<sup>(10)</sup>

Só foi possível, no entanto, obter a concordância da maioria dos Ministros então integrantes do Tribunal Superior do Trabalho com esta significativa modificação jurisprudencial por intermédio do estabelecimento dos seguintes limites e condições:

- a) os serviços objeto de terceirização, a serem desenvolvidos no âmbito da tomadora e sob as vistas dessa, devem ser necessariamente *especializados*;
- b) esses serviços devem estar *ligados à atividade-meio da tomadora*, ou seja, devem

(10) AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público...*, cit., p. 122-123.



ser serviços de apoio ou complementares aos de sua finalidade;

c) quando o fornecedor de mão de obra não tiver idoneidade econômico-financeira para cumprir suas obrigações trabalhistas para com seus empregados terceirizados, a tomadora de seus serviços deverá responder subsidiariamente por estas obrigações, por culpa extracontratual decorrente de sua culpa *in eligendo* e *in vigilando* e em direta aplicação do princípio da proteção ao trabalhador e da teoria do risco.<sup>(11)</sup>

É sabido que a consagração desta última condição, no item IV da nova Súmula n. 331, como uma espécie de garantia patrimonial dada aos trabalhadores terceirizados contra a insolvência econômica de sua empregadora fornecedora de mão de obra, foi absolutamente necessária para a aprovação do cancelamento da Súmula n. 256 sobre o tema, ao fundamento de que, sem essa compensação, a generalização da terceirização para todas as atividades-meio da tomadora de serviços não passaria de instrumento iníquo de precarização da condição social e econômica daqueles trabalhadores.

Embora a nova Súmula n. 331 do TST tenha exercido enorme impacto sobre a disciplina da terceirização no âmbito da Administração Pública brasileira (na medida em que estendeu expressamente aos entes públicos submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho a possibilidade de contratar, por meio de terceirização e sem concurso público, a prestação de serviços em atividades-meio ou de apoio e em que também proclamou que, no caso dos entes públicos e por força do art.

(11) Para uma clara, concisa e lúcida exposição das premissas que levaram à revisão do Enunciado n. 256 e sua substituição pela Súmula n. 331 por um dos Ministros do TST que mais se destacaram na defesa daquela modificação, consulte-se o artigo do Ministro Vantuil Abdala (Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. In: *LTr* 60-05/587-590, maio 1996).

37 da Constituição, a ilicitude da terceirização praticada não autorizaria o reconhecimento de vínculo de emprego), no aspecto de sua responsabilidade patrimonial pelos débitos trabalhistas das empresas fornecedoras de mão de obra inadimplentes, os entes públicos tomadores daqueles serviços, desde logo, buscaram obter tratamento diverso do dado às empresas privadas. Isso se deu, exatamente, pelo disposto no § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993<sup>(12)</sup>, diploma legal promulgado, não por acaso, no mesmo ano daquela profunda alteração do referido entendimento jurisprudencial predominante.

Nos anos subsequentes, a acirrada resistência dos entes públicos demandados e condenados como tomadores dos serviços terceirizados, em todas as reclamações trabalhistas ajuizadas pelos trabalhadores contra eles e seus empregadores contratados após regular licitação, nos precisos moldes preconizados pela redação original do item IV da Súmula n. 331, concentrou-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária por aqueles débitos trabalhistas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade daquele artigo da Lei de Licitações e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional (sem que essa inconstitucionalidade houvesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão

(12) Na redação original desse preceito legal, o referido § 1º desta Lei também excluía da responsabilidade da Administração Pública licitante as obrigações previdenciárias do contratado relativas aos trabalhadores terceirizados, o que só foi alterado pela nova redação atribuída a seu § 2º pela citada Lei n. 9.032/1995, *in verbis*: Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...) **§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.**





Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige, para tanto, o art. 97 da Constituição).

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, essa acabou por ficar pacificada no âmbito da Justiça do Trabalho em 2000, quando o TST, ao julgar de forma unânime incidente de uniformização de jurisprudência<sup>(13)</sup> e sem proclamar a inconstitucionalidade do invocado § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, alterou a redação do citado item IV da citada súmula para tornar expresso que a responsabilidade patrimonial nele prevista também abrange a Administração Pública, nos seguintes termos:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (**art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993**) (destacou-se).<sup>(14)</sup>

Embora não tenha havido, naquela decisão unânime do Pleno do TST, a expressa declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993,<sup>(15)</sup> é preciso reco-

nhecer que um de seus principais fundamentos foi, paralelamente, a aplicabilidade do § 6º do art. 37 da Constituição Federal a essas controvérsias, o que traria como consequência que a responsabilidade dos entes públicos tomadores daqueles serviços terceirizados poderia ser considerada objetiva, prescindindo-se, assim, da apuração da culpa da Administração Pública em cada caso concreto.

### **3. A modificação da jurisprudência do STF quanto à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal e seus efeitos sobre a aplicação da Súmula n. 331, item IV, em sua redação original**

Até o julgamento da ADC n. 16-DF, estava sendo inteiramente desfavorável aos entes públicos a posição do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a arguição de violação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição pela nova redação dada pelo TST, em 2000, ao item IV de sua Súmula n. 331 e pelas decisões dos órgãos fracionários da Justiça do Trabalho que se limitavam a aplicá-lo de forma automática, em recursos extraordinários (e correspondentes agravos de instrumento) e em reclamações que haviam apresentado contra as decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais trabalhistas.

Eram basicamente dois os fundamentos adotados pelas decisões monocráticas e colegiadas do STF para rejeitar essa arguição:

(a) o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 não foi declarado inconstitucional pelo item sumulado em discussão, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor;

(b) ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais

---

participado da relação processual, respeitando-se, portanto, o benefício de ordem e resguardando-se a possibilidade de ação regressiva.

(13) Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96, Relator Ministro Milton de Moura França, julgado por unanimidade na Sessão do Tribunal Pleno de 11.9.2000, DJ de 20.10.2000.

(14) Resolução n. 96, DJ de 18,19 e 20.9.2000.

(15) E sim a consagração do entendimento de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados não se confunde com a responsabilidade principal e contratual pelas obrigações trabalhistas correspondentes (esta, sim, expressamente excluída por aquele dispositivo da Lei de Licitações) mas não a exime, nos casos em que constatada a presença de sua culpa (*in eligendo* e *in vigilando*), de vir a responder de forma subsidiária por elas, se ocorrido seu inadimplemento pelo empregador e se ela houver



que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal, não teria havido ofensa à exigência da “reserva de plenário” estabelecida no art. 97 da Constituição, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova e combatida redação do item IV da Súmula n. 331 daquela Corte, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade.

No entanto, ao longo dos últimos anos, pouco a pouco ganhou força, na Corte Suprema brasileira, a compreensão de que alguns órgãos fracionários dos demais Tribunais de nosso país estariam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por considerá-los, ainda que não expressamente, contrários à Constituição, mas sem levarem a questão constitucional ao exame e à decisão do Pleno ou do Órgão Especial correspondentes, violando, assim, a citada exigência do art. 97 da Norma Fundamental. Isso, por sua vez, acarretaria a grave consequência de impedir, por vias transversas, que essa questão constitucional viesse a ser submetida ao conhecimento e ao julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal pelos canais processuais regulares. Em consequência, acabou por pacificar-se o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformadas ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional subjacente pelo Órgão plenário para tanto competente.<sup>(16)</sup>

(16) Vejam-se a respeito os seguintes precedentes, todos da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence como seu Relator: “I – Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, art. 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. II – Controle de constitucionalidade: reputa-se declaratório de inconsti-

Esses precedentes, como se sabe, redundaram na aprovação da Súmula Vinculante n. 10, com a clara e expressa intenção de evitar que órgãos fracionários de tribunal deixem de aplicar dispositivos infraconstitucionais por meio da utilização de critérios, razões e fundamentos extraídos, expressa ou até mesmo implicitamente, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.<sup>(17)</sup>

Tudo isso, no entanto, não teria sido suficiente para modificar a jurisprudência do STF a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra terceirizada se, ao mesmo tempo e naquela mesma sessão de 24.11.10 em que se julgou a ADC n. 16-

tucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (RE 240.096/RJ, RE 432597-AgR/SP e AI 473.019-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – RTJ 169/756-757).

(17) A Súmula Vinculante n. 10 não foi aprovada para proclamar o óbvio (a necessidade de se observar o disposto no art. 97 da Constituição Federal), mas, sim, para coibir a prática, deliberada ou não, de os demais Tribunais negarem a aplicação de lei federal por considerá-la, na verdade, inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem esse fundamento central, com isso vedando o acesso do interessado, pela via do recurso extraordinário (art. 102, III, a e b, da CF/1988), ao Supremo Tribunal Federal, para que este possa dar a última palavra sobre esta questão constitucional. Em outras palavras, ao não adotarem o procedimento exigido pelo art. 97 da Constituição para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, os órgãos fracionários dos outros Tribunais estariam impedindo que o STF pudesse exercer o seu papel precípuo de guardião da Constituição Federal nos casos em que os interessados na aplicação de normas infraconstitucionais em seu benefício se defrontassem com decisões das demais instâncias judiciais que deixassem de aplicá-las por critérios que, na verdade, decorreriam da Constituição Federal.





DF, não tivesse havido outra importante alteração no entendimento daquela Corte, passando-se, agora, a não mais se admitir como válido que o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Naquela mesma ocasião, também ficou decidido que não atendeu à cláusula de reserva de plenário estabelecida pelo art. 97 da Constituição e aos ditames da Súmula Vinculante n. 10 a referida decisão do Plenário do TST, ainda que unânime, que, ao julgar um incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência daquele artigo da Lei de Licitações, sem declará-lo inconstitucional, mas aplicando o antigo item IV de sua Súmula n. 331 (então considerado de conteúdo diametralmente oposto a esse preceito de lei) e com base em critérios extraídos da Constituição (no caso, o disposto no § 6º do art. 37 da Norma Fundamental, referido de forma expressa nos fundamentos daquela decisão). Acrescentou-se ser indispensável, para que a cláusula de reserva de plenário seja observada, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência.<sup>(18)</sup>

(18) Trecho extraído de voto anterior da Ministra Ellen Gracie, transcrito na decisão proferida no Agravo Regimental na Reclamação 10738 AgR/SE, sessão de 25.11.2010, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJE-233, 2.12.2010. No mesmo sentido, vale também citar a seguinte ementa: "PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE N. 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim

#### **4. O verdadeiro teor do julgamento da ADC n. 16-DF e suas consequências sobre a responsabilidade patrimonial da administração pública nas terceirizações**

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua sessão de 24.11.2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), **considerar constitucional o referido art. 71 da Lei n. 8.666/1993, de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante** da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, **nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação**. Porém, como se demonstrará a seguir, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias (isto é, quando se encontrar configurada a culpa do ente público), a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo nos casos de terceirizações lícitas e após regular licitação para seleção do contratado como fornecedor de mão de obra.

Conforme se verifica da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos

---

específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. II – Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado n. 331 do TST resultado de uma votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência. III – Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante n. 10. IV – Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação. (Agravo Regimental na Reclamação 6970 AgR/SP-São Paulo, sessão de 24.11.2010, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, Public. 15.2.2011)".





naquela sessão,<sup>(19)</sup> o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.

Nesse exato sentido foi o pronunciamento do Ministro Relator Cezar Peluso, nos seguintes e expressivos termos:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.**

No prosseguimento daquele debate, o mesmo Relator foi ainda mais incisivo ao reconhecer o acerto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito expresso do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, pelos seguintes fundamentos:

Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho.

(19) Conforme o vídeo da sessão plenária do STF do dia 24.11.2010, 2º bloco. Disponível em: <<http://videos.tjjustica.jus.br/>> Acesso em: 13.12.2010, *apud* VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 – novos enfoques, cit., p. 282-295 e p. 73-76, respectivamente.

Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. MAS ISSO NÃO SIGNIFICA QUE EVENTUAL OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR AS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO NÃO GERE RESPONSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO. *É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais.* Então, em outras palavras (...), *nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos* (...) (grifou-se e destacou-se).

Na mesma ocasião e seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski foi igualmente claro a esse respeito:

Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de **CONSIDERAR A MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL, PORQUE REALMENTE ELA É DECIDIDA SEMPRE NO CASO CONCRETO, SE HÁ CULPA OU NÃO.** Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, **ESTÁ CLARAMENTE CONFIGURADA A CULPA IN VIGILANDO E IN ELIGENDO DA ADMINISTRAÇÃO, e aí, segundo o**





TST, **incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666.** (grifou-se e destacou-se).

Essa mesma preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse de forma absoluta e automática toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante, foi bem exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no incisivo voto que proferiu na ocasião, *in verbis*:

Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, **QUE HAJA REALMENTE FISCALIZAÇÃO, PORQUE REALMENTE O PIOR DOS MUNDOS PODE OCORRER PARA O EMPREGADO QUE PRESTA O SERVIÇO.** A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, **MAS QUE HAJA ESSA CULPA IN VIGILANDO É FUNDAMENTAL (...).** Talvez aqui reclamem-se **normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, QUE INICIALMENTE SÃO OS ÓRGÃOS CONTRATANTES,** e depois os órgãos fiscalizadores, **DE MODO QUE HAJA TALVEZ ATÉ UMA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE FEZ O PAGAMENTO, O CUMPRIMENTO, PELO MENOS DAS VERBAS ELEMENTARES, O PAGAMENTO DE SALÁRIO,**

**O RECOLHIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO FGTS.** (grifou-se e destacou-se).

No prosseguimento dos debates naquele julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, ao responder ao argumento de que seria ilegal atribuir responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento desses débitos trabalhistas diante da literalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e dele discordar abertamente, foi ainda mais enfático sobre essa possibilidade sob certas circunstâncias concretas, verificadas caso a caso:

V. Exa. está acabando de demonstrar que *a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É ISSO QUE GERA A RESPONSABILIDADE QUE VEM SENDO RECONHECIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, NÃO É A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA.* A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas *a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.* (grifou-se e destacou-se).

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC n. 16-DF, com um único voto vencido, com efeito reputou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e também considerou contrário à sua Súmula Vinculante n. 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base



naquele entendimento sumulado, atribuiu, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação, em relação aos empregados deste último fornecidos ao ente público.

Em outras palavras, naquele julgamento, de fato se considerou que, *por força daquele dispositivo da Lei de Licitações em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado pelo ente público não enseja automaticamente a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária.*

Contudo, naquela mesma decisão, **em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, da Constituição Federal)**, também se entendeu, de forma também expressa, que a constitucionalidade desse preceito legal não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal, os quais, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução daquele contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento daquelas obrigações trabalhistas.

Em consequência, em absoluto, não foi descartado, naquele julgamento (sendo, ao contrário, ali salientado), que continua plenamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como esse e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas por seu devedor principal, em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de

irregularidades no procedimento licitatório ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

O que, então, decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal foi que o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 afasta a responsabilidade **CONTRATUAL** da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado e contratado em decorrência da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá ser considerado, automaticamente, o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, através do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas omissiva, que justifique que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.<sup>(20)</sup>

(20) No mesmo sentido também se pronuncia com propriedade a i. Professora e Desembargadora do TRT da 2ª Região Ivani Contini Bramante (A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo: LTr, n. 37, p. 109, jan./mar. 2011 e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7/2011, p. 36-37): "A declaração de constitucionalidade da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), art. 71, § 1º, pelo Supremo Tribunal Federal (ADC n. 16) foi feita *in abstracto*, desvinculada de qualquer caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto, não constitui *salvo conduto* ou *incondicional ausência de responsabilidade pelos danos a que deu causa a*





Cumpra, desde logo, advertir que, nos casos de terceirizações ilícitas (de que trata o item II da Súmula n. 331 do TST), a responsabilidade extracontratual da Administração Pública é clara e indubitosa, sendo dispensáveis maiores considerações a respeito. Em consequência, o ente público que, em conjunto com o falso empregador daqueles trabalhadores, houver perpetrado tão flagrante ilicitude, não terá como furta-se de responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas daqueles reclamantes, embora não seja possível o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador com ele, por força do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Da mesma forma, nos casos das denominadas terceirizações lícitas de serviços, decorrentes de prévio e regular procedimento licitatório, tem o ente público tomador dos serviços o dever legal de fiscalizar o completo adimplemento, pelo empregador por ele contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

### **5. A ponderação dos princípios, dos direitos e dos interesses públicos e privados em contraste e a apuração da responsabilidade extracontratual dos entes públicos nos casos de terceirização de serviços**

Antes de tudo, é indispensável repelir, com vigor, a alegação, por vezes utilizada pelos

---

*Administração Pública*, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo concorreu para o descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas". Para idêntica conclusão, consultem-se ainda os artigos dos Desembargadores do Trabalho Antônio Álvares da Silva (Responsabilidade da administração pública nas terceirizações. In: *LTr* 75-03/271-275, mar. 2011 e GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Art. 70 da Lei n. 8.666/1993 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente? In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo: LTr/ANAMATRA, n. 37, p. 133-141, jan./mar. 2011).

entes públicos demandados, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação dada pela Lei n. 12.376/2010 à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) e ao art. 8º, *caput, in fine*, da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses apenas privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar, uma vez mais, um custo já embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto.

É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, de que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais, constitucionalmente consagrados no art. 7º da Norma Fundamental em vigor, e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu inquestionável caráter alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma *tutela jurisdicional diferenciada*<sup>(21)</sup> e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público secundário<sup>(22)</sup> do ente público contratante de não

---

(21) Sobre o conceito de *tutela jurisdicional diferenciada*, vejam-se, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória* (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 66, 259, 392-393 e 406-407 e *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189-192 e PISANI, Andrea Protp. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 32-41.

(22) Sobre a clássica distinção, originária da doutrina administrativista italiana (Renato Alessi), entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e



ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir de forma plena esse pagamento por meio da correspondente ação regressiva, que poderá – e deverá – ajuizar contra o devedor principal por ele contratado).

Por isso, aliás, não se pode afirmar que a Administração Pública, que se beneficiou da força de trabalho desses trabalhadores terceirizados, possa ficar indiferente à sorte deles. À luz dos valores e princípios em tensão, não se pode afirmar, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado em nosso país a partir de 1988, que o interesse público primário da Administração Pública, em casos como esse, seja deixar ao desamparo os trabalhadores terceirizados – muito ao contrário. A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da

interesses secundários – que o Estado, pelo só fato de ser sujeito de direitos, poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade -, veja-se, por todos, a lição de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 32-33. Este ilustre jurista tece, a seguir, considerações em tudo aplicáveis à situação ora em exame: *"'Poderia' (o Estado), portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir"*.

Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição de 1988 a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho previstos e assegurados nos exatos termos da Norma Fundamental de 1988.

Se, ao contrário, entender-se, como aqui se sustenta, que o ente público contratante tem esse dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública, será inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo parágrafo único do citado art. 8º da CLT, dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, *in verbis*:

**Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**

(...)

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

Nessa mesma linha também se pronuncia Helder Santos Amorim:

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração





Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.<sup>(23)</sup>

Cumpra agora, portanto, examinar as demais normas legais aplicáveis à contratação, pela Administração Pública, e após regular procedimento licitatório, de uma empresa para, por intermédio do fornecimento de trabalhadores terceirizados, prestar-lhe serviços para determinar se tem ela, ou não, o dever legal de, no curso daquele contrato administrativo, fiscalizar não apenas a execução daqueles serviços, mas também o pleno e tempestivo adimplemento daquelas obrigações trabalhistas pelo empregador por ela contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), como se demonstrará a seguir, permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei n. 8.666/1993 estabelecem, de forma clara, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço relativo aos direitos trabalhistas de seus empregados):

Art. 54. (...)

(23) VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques, cit., p. 292 e p. 76, respectivamente.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, *obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.*

(...).

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, *em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas*, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial (grifou-se).

A seguir, os arts. 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações, de maneira clara e expressa, impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado, que acabou por ser o selecionado no procedimento licitatório – dentre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, *a prerrogativa de:*

(...)

III – *fiscalizar-lhes a execução;*

(...).





Art. 67. *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio *todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados* (grifou-se).

Por sua vez, o art. 77 desta Lei n. 8.666/1993 “prevê que a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”. O art. 78 da citada lei, de sua parte, prevê, como motivo para a rescisão contratual, o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução – o que, sem dúvida, é aplicável à hipótese do inadimplemento, pelo empregador contratado pelo ente público, de suas obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei n. 8.666/1993, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o multicitado art. 71, § 1º, do mesmo diploma legal, a matéria encontra-se, hoje, regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) n. 2, de 30.4.2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) n. 3/2009, do mesmo Ministério.<sup>(24)</sup>

(24) Como acertadamente esclarece Helder Santos Amorim, este padrão fiscalizatório federal vincula

Em linhas gerais, a referida IN n. 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

**a) desde a seleção da empresa no procedimento de licitação**, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que “a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referentes à mão de obra utilizada”, nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN n. 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN n. 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN n. 3/2009);

---

Administração Pública em todos os âmbitos federativos por força do *princípio da predominância do interesse*, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos Estados e Municípios incumbe complementar essa legislação com respeito às diretrizes nacionais (VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 – novos enfoques*, cit., p. 292-293 e p. 77, respectivamente).





**b) no momento do julgamento das propostas da fase licitatória**, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade (art. 44, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN n. 2/2008);

**c) por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório**, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, *especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados*, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; *como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações* (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei n. 8.666/1993).

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas:

Em face desta vinculação, exsurge que a *execução contratual*, no modelo da Lei n. 8.666/1993, *vai além do cumprimento de seu estrito objeto*, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condi-

ções de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo.<sup>(25)</sup>

Regulamentando o já citado art. 67, *caput* e seu § 1º, da Lei n. 8.666/1993, o art. 34 da IN n. 2/2008 do MPOG ainda determina que, na fiscalização do “cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada”, seja exigida a comprovação dos seguintes fatos e circunstâncias: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o art. 36 daquela Instrução Normativa exige que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do seu valor para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN n. 2/2008 (acrescentado pela IN n. 3/2009), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do

(25) VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 – novos enfoques, cit., p. 294 e p. 80, respectivamente.



contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução n. 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a não ser cumpridos pelo contratado.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 31 da IN n. 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa, o qual, de sua parte, institui um “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

**a) a fiscalização inicial** (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

**b) a fiscalização mensal** (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal, com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente

trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula n. 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

**c) a fiscalização diária**, por meio da conferência, dia a dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

**d) a fiscalização especial**, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre o fato de o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, constituir uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa





fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os arts. 34, § 4º, e 34-A da IN n. 2/2008 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido, por esta, a regularização imediata da situação no prazo para tanto oferecido pela Administração:

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui exposto, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à *Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei n. 8.666/1993 e*

*na Instrução Normativa n. 2/2008, alterada pela Instrução Normativa n. 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.*

É preciso lembrar, por fim, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público a completa e rigorosa observância das normas legais e regulamentares aqui referidas, que estabelecem o seu dever de fiscalizar o cumprimento das suas obrigações trabalhistas por parte do empregador daqueles trabalhadores terceirizados, não lhe sendo dado, de forma discricionária, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Tudo o que até aqui se afirmou, aliás, acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho como o novo entendimento predominante desta Corte sobre a matéria, ao revisar sua Súmula n. 331, em sua sessão extraordinária de 24.5.2011 (*Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho* de 27.5.2011, fls. 14 e 15), quando se atribuiu nova redação ao seu item IV e decidiu-se inserir-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos:

**SÚMULA N. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.**

(...)

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.





V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, 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.** (destacou-se)<sup>(26)</sup>

(26) As várias Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, a partir do julgamento da ADC n. 16 pelo STF e, especialmente, a partir da aprovação da nova redação de sua Súmula n. 331, itens IV e V, já têm proferido decisões em que, sem automaticamente atribuir responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores dos serviços de trabalhadores terceirizados em decorrência do mero inadimplemento das correspondentes obrigações trabalhistas por seus empregadores contratados mediante licitação, reconhece-se a responsabilidade extracontratual da administração pública em virtude de sua conduta culposa, concretamente evidenciada nos autos, buscando-se, assim, dar a mais rigorosa e exata aplicação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Veja-se, apenas a título de exemplo, a seguinte decisão unânime de sua Segunda Turma de nossa lavra, *in verbis*: “TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE *CULPA IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC N. 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC N. 16-DF. SÚMULA N. 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei n. 9.032/1995, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações

## 6. A questão da distribuição do ônus da prova entre os litigantes

Cumpra, ainda, enfrentar uma questão que, nos futuros processos trabalhistas em que se

trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei n. 8.666/1993 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas (fato que deve estar expressamente registrado na decisão regional), como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa n. 3/2009. 2. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC n. 16-DF e da própria Súmula Vinculante n. 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. 3. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula n. 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24.5.2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27.5.2011, fls. 14/15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: “SÚMULA N. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) IV – O inadimplemento das





discutir a existência de responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações lícitas, talvez se torne relevante: devem os reclamantes que atuaram como trabalhadores terceirizados no âmbito da Administração Pública, desde sua petição inicial e ao formularem seus pedidos iniciais de responsabilização subsidiária do ente público tomador de seus serviços, obrigatoriamente afirmar, de forma expressa, ter ele agido com culpa, omissiva ou comissiva, sob pena de inépcia ou até mesmo de automática improcedência desse pedido inicial?

A resposta deve ser categoricamente negativa: em primeiro lugar, porque a própria formulação do pleito inicial em referência, baseado, de forma implícita ou expressa, no entendimento jurisprudencial consagrado no novo item V da Súmula n. 331 do TST, já terá como pressupostos todos os elementos nele previstos, dentre os quais avulta a conduta culposa dos entes integrantes da Administração Pública, podendo-se considerar essa assertiva como algo inerente à própria formulação dessa pretensão; ademais, o § 1º do art. 840 da CLT, que disciplina os requisitos mínimos e essenciais da peça inicial da reclamação trabalhista escrita, exige, apenas a esse respeito, que ela contenha “uma breve

exposição dos fatos de que resulta o dissídio” e “o pedido”, não sendo a exigência de alegação expressa de culpa do ente público pelo autor da demanda trabalhista compatível com o informalismo e a simplicidade que caracterizam o processo do trabalho.

Por outro lado, é preciso que também se diga, de modo expresso, ser apenas do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos previstos no respectivo contrato administrativo (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele fornecedor de mão de obra inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandado o ônus da prova correspondente, nos precisos termos dos arts. 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova (decisivo para estabelecer, em determinado litígio judicial, a inversão do *onus probandi* de um fato controvertido em detrimento da parte sobre a qual, em princípio, esse encargo não recairia mas que se mostra, para a comprovação do fato controvertido, muito mais apta do que o seu *ex adverso*), não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada

---

obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, 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.**” Agravo de instrumento **desprovido**. (...)” (Proc. n. TST-AIRR 4048-52. 2010.5.10.0000, Segunda Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, julg. na sessão de 1º.6.2011).



que detém as provas correspondentes (e que, simetricamente, são inacessíveis ou de difícil acesso à parte contrária) e que, por isso mesmo, terá melhores condições para demonstrar haver praticado todos os atos administrativos, de sua responsabilidade, de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.<sup>(27)</sup>

A única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – prova puramente negativa e de natureza “diabólica”, de produção quase impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração, pelo ente público contratante do fornecedor de mão de obra terceirizada, de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era seu dever legal, só se poderá concluir que, naquele caso, a Administração Pública, por omissão voluntária ilícita, ensejou a violação, pelo contratado por ela selecionado por intermédio de licitação, dos direitos daqueles empregados terceirizados e, assim, causou-lhes dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta *culpa in vigilando*.

Ao assim se decidir, é preciso reiterar, com todas as letras, que não se estará responsabilizando a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos nem, muito menos, violando e negando vigência ao art. 71, § 1º,

(27) Sobre o tema, consulte-se a clássica obra do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Carlos Alberto Reis de Paula (*A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 122-126 e 139-143).

da Lei n. 8.666/1993 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 16-DF).

### Considerações finais

O Estado Democrático de Direito que nasceu da denominada Constituição Cidadã de 1988 tem como alguns de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana<sup>(28)</sup> e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do seu art. 1º), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), com respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º), funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e a ordem social no primado do trabalho (art. 193) e, como Estado-Juiz, tem a Justiça do Trabalho como um de seus ramos mais atuantes e como o instrumento de concretização, na esfera trabalhista, do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

Por isso mesmo, constitui intolerável contradição e indefensável paradoxo que o ramo executivo deste mesmo Estado Democrático de Direito, por meio de seus entes integrantes da Administração Pública direta e indireta e na persecução de seus interesses meramente *secundários*, feche os olhos à situação de absoluto desamparo e de total descumprimento dos direitos fundamentais sociais justamente daqueles trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício, ainda que por interposta pessoa, nos casos em que seus empregadores

(28) A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua repercussão nas decisões judiciais, veja-se, por todos, a obra da Ministra e atual Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (*O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009).





inadimplentes revelem-se incapazes de, com seu patrimônio, satisfazer aqueles débitos, e lute, com denodo, na própria Justiça, pela aplicação isolada e literal de um preceito de lei (o multicitado art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993) apenas para se furtar à responsabilidade extracontratual que decorre de sua conduta culposa, caso a caso evidenciada. Se isto ocorrer, também o direito fundamental de acesso à Justiça ou a uma tutela jurisdicional efetiva e célere que a mesma Norma Fundamental assegura a todos os jurisdicionados, inclusive a aqueles trabalhadores, será transformado, na prática, em mera promessa, vazia de conteúdo.<sup>(29)</sup>

Conforme aqui se procurou demonstrar, é perfeitamente possível reconhecer a constitucionalidade daquele preceito da Lei de Licitações, bem como interpretá-lo e aplicá-lo de forma sistemática, em perfeita harmonia com outros preceitos de lei também aplicáveis a estas controvérsias, para produzir um resultado prático muito mais consentâneo com os ditames da justiça social e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>(30)</sup> –

(29) Diante dos indiscutíveis preparo e tenacidade demonstrados pelos ilustres procuradores e advogados dos entes públicos demandados nos milhares de processos trabalhistas, na ADC n. 16-DF e nas reclamações que antecederam e sucederam a seu julgamento, cabe, com o devido respeito, indagar: por que eles e os dirigentes daqueles entes não dirigem os seus inegáveis talento e combatividade contra os contratados inadimplentes, após a extinção daqueles contratos de trabalho e nas correspondentes ações regressivas para reaver os prejuízos aos cofres públicos por eles causados, e, principalmente, para a prevenção desse inadimplemento, quando os contratos administrativos ainda estiverem em pleno curso e ainda for possível redirecionar as verbas públicas que, em princípio, seriam parceladamente destinadas ao contratado, para a satisfação dos direitos fundamentais sociais daqueles trabalhadores?

(30) Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*), vejam-se SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 398-406; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na*

basta que se admita, como bem o fez o Supremo Tribunal Federal na decisão que proferiu no âmbito da ADC n. 16-DF, que se responsabilize subsidiariamente o ente público que se valeu de mão de obra terceirizada mas que, em cada caso, comprovadamente tenha se omitido, de forma culposa, em fiscalizar o adimplemento, pela empresa empregadora por ele contratada, das correspondentes obrigações trabalhistas.

Ao se ponderar e determinar, em casos de conflitos de normas como o aqui examinado, quais princípios, direitos e interesses devem prevalecer, o intérprete preocupado com a justa concretização dos valores constitucionais não poderá deixar de considerar os correspondentes resultados práticos dos vários e alternativos caminhos interpretativos, que decorrem de suas escolhas axiológicas e jurídicas. Esse é o desafio que, mesmo num ambiente pós-positivista, todos os aplicadores do Direito continuam a enfrentar, de maneira permanente.

Em última análise, trata-se, aqui, de escolher entre, de um lado, priorizar a defesa do interesse público secundário e apenas patrimonial dos entes públicos responsabilizados pelo pagamento dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores inadimplentes dos trabalhadores que atuaram, para os pri-

*Constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-497; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 169-175.





meiros, como terceirizados, deixando, nesse caso, esses sem nada receber ou, de outro, atribuir à Administração Pública que, de forma comprovada, tenha contribuído, com sua conduta culposa para a impossibilidade prática de os empregadores daqueles empregados satisfazerem suas obrigações trabalhistas, a responsabilidade por estes pagamentos em caráter apenas subsidiário (ou seja, só depois de esgotadas as possibilidades de aqueles devedores principais suportarem, com seu patrimônio, essas execuções) e sempre com a possibilidade de ação regressiva contra aqueles fornecedores de mão de obra por eles contratados, após regular licitação.

Na primeira hipótese, a escolha será por resguardar o patrimônio do ente público, mesmo que esse, comprovadamente, tenha agido de forma culposa. Na segunda alternativa, serão priorizados e assegurados os direitos fundamentais trabalhistas daqueles trabalhadores que colocaram sua força de trabalho, ainda que por interposta pessoa, em favor do ente público que, de forma culposa, deixou de cumprir com suas obrigações legais de fiscalizar o cumprimento, a tempo e a modo, da legislação laboral pelo fornecedor de mão de obra por ele contratado, na condição de empregador dos terceirizados.

A respeito dos perigos que cercam a atividade interpretativa, em especial quando se tratar de aplicação do método da ponderação dos valores constitucionais e da técnica da proporcionalidade<sup>(31)</sup>, merece consideração

(31) Sobre proporcionalidade e ponderação, consultem-se, por todos, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 237-253; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215-295 e 297-382; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 111-118 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Alguns parâmetros normativos para a

a incisiva advertência do administrativista Almiro do Couto e Silva, que tem inteira pertinência com o problema examinado neste trabalho:

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, com diz Bernard Schwartz, toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade.<sup>(32)</sup>

Não se propugna, aqui, condenar, a qualquer custo, os entes públicos em questão – em todos os processos em que esses demonstrarem que cumpriram por completo os deveres legais de fiscalização a eles atribuídos pelas normas sobre licitação e contratos administrativos *retro* indicadas, não será possível lhes atribuir culpa pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas daqueles trabalhadores terceirizados, inexistindo, assim, sua responsabilidade extrac contratual pelo ocorrido. Isso, porém, nada terá de negativo: se a Administração Pública brasileira passar a cumprir, com rigor, o que a legislação administrativa já determina a esse respeito, com toda a certeza o número de trabalhadores terceirizados lesados pelo descumprimento de seus direitos sociais por seus empregadores por ela contratados diminuirá substancialmente.

Por outro lado, é dever de todos os magistrados do trabalho, com base nos fatos apurados pelas instâncias ordinárias, continuarem a aplicar não apenas o art. 71, § 1º, da

ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 49-118.

(32) SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 84, p. 262.





Lei n. 8.666/1993, de forma isolada, literal e absoluta<sup>(33)</sup>, mas também, de forma harmônica e sistemática, as demais normas infraconstitucionais (ou seja, de igual hierarquia a do referido dispositivo da Lei de Licitações) que também devem incidir sobre as controvérsias trabalhistas submetidas a seu julgamento (as quais, no caso, são os demais preceitos da mesma Lei n. 8.666/1993, que estabelecem o dever dos entes públicos de fiscalizar o adimplemento, pelos empregadores, dos direitos trabalhistas daqueles que atuarem como terceirizados em seu âmbito e os arts. 186 e 927 do Código Civil, que disciplinam a responsabilidade extracontratual pela prática de ato ilícito).

Ao assim proceder, estar-se-á levando em conta, como certamente também continuará a fazer o Supremo Tribunal Federal, a necessidade de sempre assegurar, por meio das decisões judiciais, a prevalência dos valores do trabalho e da livre iniciativa, a satisfação

efetiva dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores brasileiros e a concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional consagrados pela Constituição Democrática de 1988.

## Referências

ABDALA, Vantuil. Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. *Revista LTr* 60-05/587-590, São Paulo, maio 1996.

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público* – uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de; TORRES, Marcos Souza e Silva. Terceirização e direito comparado. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula n. 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, n. 37, São Paulo: LTr, p. 93-114, jan./mar. 2011 e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 7/2011, p. 35-42.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização – paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

(33) Ao contrário do que erroneamente sustentam os entes públicos condenados como responsáveis subsidiários pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra por eles contratados após regular licitação, a não aplicação do disposto no § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 para, de forma automática e absoluta, absolvê-los dessa responsabilidade extracontratual não significa negar vigência a esse preceito legal nem, muito menos, considerá-lo inconstitucional. Significa, tão somente, que outros dispositivos legais de idêntica hierarquia e igualmente incidentes sobre essas controvérsias submetidas a julgamento acarretam e justificam tais condenações. Humberto ÁVILA, em sua consagrada obra *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42-45, sustenta essa inaplicabilidade, em certos casos e circunstâncias, da lógica do “tudo ou nada” também às regras (como é o caso do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993), que também devem ter seu rigor e seu alcance condicionados e limitados por princípios ou por outras regras. Acrescenta ele que o caráter absoluto de uma regra pode ser completamente modificado a partir da apreciação das circunstâncias do caso concreto, pois o texto normativo não informa o modo de aplicação que, pelo contrário, decorre das conexões axiológicas construídas no desenrolar do processo de interpretação.

- FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Art. 70 da Lei n. 8.666/1993 e Súmula n. 331 do c. TST: poderia ser diferente? In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, n. 37, São Paulo: LTr/ANAMATRA, p. 133-141, jan./mar. 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 84.
- SILVA, Antônio Álvares da. Responsabilidade da administração pública nas terceirizações. In: *Revista LTr 75-03/271-275*, mar. 2011.
- VALENTE, Mônica. A terceirização nos serviços públicos: trabalho decente e serviço público de qualidade. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (orgs.). *Terceirização no Brasil – do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, 2009.
- VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST – novos enfoques. In: *Revista LTr 75-03/282-295*, mar. 2011 e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 1, n. 1, p. 54-84, jan./mar. 2011.



# Direito fundamental de ação trabalhista

Augusto César Leite de Carvalho<sup>(\*)</sup>

## Palavras-chave:

- ▶ Direito de ação – direito fundamental – prescrição – garantia de indemnidad – arbitragem – comissão de conciliação prévia.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. O temor de propor a ação como um valor jurídico
- ▶ 2. Vetores positivos e negativos da ação trabalhista
  - ▶ 2.1. A coletivização das demandas trabalhistas
    - ▶ 2.1.1. Aspectos polêmicos das demandas coletivas: atos dispositivos, litispendência e coisa julgada
    - ▶ 2.2. A garantia de indenidade
  - ▶ 2.3. A prescrição – o receio de propor ação trabalhista e a prescrição das pretensões nascidas em alterações intercorrentes do contrato de emprego
    - ▶ 2.3.1. A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional
    - ▶ 2.3.2. A prescrição total e a possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição de pretensão fundada em nulidade
  - ▶ 2.4. Os métodos excludentes de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas – a arbitragem em conflitos individuais e as comissões de conciliação prévia
    - ▶ 2.4.1. A opção social pela judicialização dos conflitos – aspecto cultural
    - ▶ 2.4.2. A arbitragem
  - ▶ 2.5. A comissão de conciliação prévia
- ▶ Conclusões

## 1. O temor de propor a ação como um valor jurídico

O trabalhador brasileiro é titular de uma gama de direitos que não nasce, o mais das

vezes, da negociação coletiva por meio da qual se envolveria diretamente o seu empregador. Nasce da lei – e assim sucede, talvez, porque o modelo de organização sindical não inspire

(\*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, professor do IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília e professor assistente, em gozo de licença, da

Universidade Federal de Sergipe. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla La Mancha.





confiança ou não demonstre capilaridade suficiente para fomentar a representatividade dos atores sociais. Ou decerto porque o grau de assimetria na relação laboral ainda reclame, entre nós, alguma intervenção estatal tuitiva e compensatória.

O fato é que o empregador nem sempre se revela comprometido com o cumprimento da ordem jurídica marcadamente heterônoma, sequer reconhecendo que a representação política de seus interesses predomina, como invariavelmente predominou, na elaboração das leis trabalhistas cuja observância e respeito estaria a recusar. Porque se envolve em uma teia de irregularidades para desafiar a ordem que ajudou a construir, mas entende ilegítima, a relação trabalhista no Brasil parece fadada a promover a insatisfação dos que a protagonizam. Não raro, nela subjaz um conflito latente que mais adiante se transforma em conflito judicializado.

A propositura de ação judicial seria o meio de instaurar, ou quem sabe restaurar, a harmonia entre os que contendem em silêncio, o empregador e o empregado que, desavindos, insistem em interagir cordialmente, ambos movidos pela intenção de preservar o vínculo, mas preservá-lo por razões diversas, definidas embora pela ideia de subsistência: o empresário persegue a continuação de seu negócio; o empregado, a própria sobrevivência.

O papel social reservado à ação trabalhista se esvaece, porém, ante a vulneração do trabalhador que ousa manejá-la durante o vínculo de emprego, ou seja, quando o conflito de interesses ainda está ocorrendo. Como o sistema de proteção trabalhista tolera, de fato, a possibilidade de o empregador desafiado despedir o empregado insurreto, a ação trabalhista é um instrumento de pacificação social que somente atua quando o conflito não existe mais. Como regra, não serve ao empregado, mas sim ao desempregado.

Trata-se visivelmente de um paradoxo, cuja raiz se revela no fundado receio que o traba-

lhador possui de perder o emprego na hipótese de exercer o seu direito fundamental de ação, direito que lhe abriria portas para outros direitos fundamentais de índole social. A ação que serviria para solucionar o conflito somente pode ser eficazmente utilizada por aqueles que não mais vivenciam a relação conflituosa, desejando apenas alguma reparação – meramente pecuniária – em vista das lesões que supostamente sofreram.

Se o justificado medo do trabalhador é uma constante na experiência trabalhista, uma variável que realmente perturba a concretização do direito fundamental de ação, então as normas que contemplam esse direito ou regulam as entidades jurídicas que lhe são afetas devem ser interpretadas a partir dessa compreensão, sob pena de diluir-se a sua fundamentalidade.

Há de se considerar que os direitos não se autarquizam na vida social sem um plexo de garantias que os torne efetivos. Direitos que não se mostram aptos à realização apresentam-se como “direitos” por mera concessão verbal, pois tolerante em demasia é a linguagem jurídica. Mesmo a ação judicial, uma garantia por definição, reclama garantias de segundo nível, vale dizer, mecanismos jurídicos que protejam aqueles que a exercem. Regra geral, cometem-se aos atores políticos – responsáveis pelas salvaguardas da atuação do Estado – o oferecimento e a institucionalização dessa rede de proteção que aconchega os que fazem valer os seus direitos subjetivos.

## 2. Vetores positivos e negativos da ação trabalhista

A palavra latina *vector* significa “aquele que carrega”. Em linguagem matemática, o vetor é um elemento geométrico que corresponde a um segmento de reta orientado. Indica-nos, por assim dizer, a direção e o sentido da reta que “carrega” um ponto até encontrar outro ponto espacial. Analogicamente, podemos





afirmar que a *coletivização das demandas* e a *garantia de indenidade* são vetores que conduzem ao aperfeiçoamento da ação trabalhista, enquanto a *prescrição* e os *métodos excludentes de solução extrajudicial do conflito* apresentam-se como vetores negativos, que operam como mecanismos de frenagem à plena realização, pela via judicial, dos direitos sociais.

## 2.1. A coletivização das demandas trabalhistas

O art. 8º, III da Constituição prediz que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Naquele final de dedada em que promulgada a Constituição, percebeu-se que além de racionalizar o atendimento de interesses metaindividuais e contribuir para que o poder judiciário pudesse decidir uniformemente sobre interesses homogêneos, a novidade conspirava para que enfim se cogitasse da impessoalidade das demandas trabalhistas, pois não teriam “rosto” as ações movidas pelos sindicatos se os trabalhadores interessados não deveriam ser identificados.

Sucedeu, porém, de naquele tempo a substituição de trabalhadores pelo sindicato obreiro ser tema que remetia, desafortunadamente, às velhas fórmulas de regência das ações individuais. Pareceu, então, à vetusta doutrina processual que a defesa de interesses meramente individuais não poderia fazer surgir, numa aparente heresia, sentença, cujo preceito fosse genérico e abstrato. O pedido haveria de ser certo e determinado, bem assim o comando decisório.

Naquela quadra histórica, que se situa nos primeiros anos seguintes à edição do atual texto constitucional, vislumbrou-se a possibilidade de interpretar-se o novo dispositivo segundo as amarras da ação civil regida pelo CPC, de índole marcadamente individualista. É como se o direito do trabalho, que noutros

tempos inovara as normas coletivas de trabalho com aptidão para pacificar conflitos transindividuais, não inspirasse o direito processual do trabalho quanto à necessidade de identificar meios eficazes de atender as demandas de massa.

O antigo Enunciado n. 310 do TST, editado em 1993 (e cancelado em 2003), exigia, seguindo essa linha de raciocínio, que a petição inicial da ação trabalhista proposta pelo sindicato, como substituto de categoria profissional, contivesse a identificação de todos os trabalhadores substituídos, para que somente no tocante a eles vigorasse a sentença a ser exarada. Embora assim contextualizada, a jurisprudência trabalhista mais autorizada fazia esvaír-se o caráter impessoal da ação intentada pelo sindicato, como substituto processual.

A identificação dos empregados insatisfeitos fazia-os vulneráveis e, nessa conta, frustrava a expectativa de que se resolvessem litígios trabalhistas com o foco voltado ao objeto, não aos sujeitos do conflito.

O tempo passou, sobrevieram decisões do Supremo Tribunal Federal em que se afirmava o amplo espectro da substituição processual trabalhista<sup>(1)</sup> e o Tribunal Superior do

(1) Nessa esteira, ver, por exemplo, o RE 181438, DJ 4.10.1996, e mais recente: “PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido” (RE 193503, Relator Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.6.2006, DJe-087, Divulgação 23.8.2007, Publicação 24.8.2007, DJ 24.8.2007, p. 56)

Trabalho cancelou o Enunciado n. 310 em 2003, passando definitivamente a entender que “o inciso III do art. 8º da Constituição Federal confere aos sindicatos legitimidade ativa *ad causam* para atuar na defesa de direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada”<sup>(2)</sup>.

O TST avançou no sentido de afirmar a prescindibilidade da relação de substituídos – que servia à identificação dos interessados e rendia ensejo a possíveis retaliações –, além de esclarecer que a substituição processual pelo sindicato cabe não somente na defesa de interesses propriamente coletivos, mas igualmente quando estão em debate interesses individuais homogêneos, desde que “caracterizada a origem comum do direito, de modo a legitimar a atuação do Sindicato, não a descaracterizando o fato de ser necessária a indivi-

dualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direto e não à sua quantificação”<sup>(3)</sup>.

São inúmeros os processos em que o TST, atualmente, legitima o sindicato para a defesa de interesses individuais homogêneos que consistem em horas extras, inclusive *in itinere*, adicionais legais e convencionais, direitos assegurados por leis e outras espécies normativas, sempre que caracterizada a origem comum referida pelo art. 81, III, da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

E a bem dizer, sequer a caracterização como interesse individual homogêneo tem sido exigida, com rigor<sup>(4)</sup>, pelo Supremo Tribunal

(2) " RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. PROVIMENTO JUDICIAL LIMITADO AOS EMPREGADOS CONSTANTES DO ROL DE SUBSTITUÍDOS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA POR EMPREGADO INTEGRANTE DA CATEGORIA E QUE NÃO CONTOU DO ROL DE SUBSTITUÍDOS EXPRESSA E LIMITADAMENTE BENEFICIADOS PELA SENTENÇA EXEQUENDA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. É certo que na esteira de entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal, e adotado pelo Tribunal Superior; inclusive com o cancelamento da Súmula n. 310; o inciso III do art. 8º da Constituição Federal confere aos sindicatos legitimidade ativa *ad causam* para atuar na defesa de direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Entretanto, na hipótese em que a sentença coletiva anterior limitou a condenação aos associados do Sindicato que, ao propor a ação trabalhista, individualizou os beneficiários do provimento judicial, não se pode alargar seu alcance para beneficiar outros integrantes da categoria, que daquele rol não constaram. Há de ser observada a *res judicata*, que na hipótese apreciada, não aceita relativização. Nesse sentido já decidiu esta e. Subseção, no processo E-ED-RR – 9869540-32.2006.5.09.0011, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 4.6.2010. Recurso de embargos conhecido e provido" (E-ED-RR – 9863440-61.2006.5.09.0011, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 28.10.2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 12.11.2010)

(3) E-ED-RR 36900-06.2004.5.04.0551 Subseção I Especializada em Dissídios Individuais Data de Julgamento: 29.6.2010, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Publicação: DEJT 6.8.2010.

(4) Há, em verdade, precedentes do STF que se referem à homogeneidade do interesse individual (*vide* STF, RE 193503, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 24.8.2007), mas sem enfrentar a configuração como interesse homogêneo de modo mais aprofundado. Afirmam a legitimidade do sindicato para a substituição processual sem debruçar-se sobre a caracterização da homogeneidade do interesse defendido: STF, AI-AgR 672406, Rel. Min. Eros Grau, DJe 7.12.2007; STF, AI-AgR 453301, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 7.12.2007. Também conferindo essa amplitude na legitimação: "CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CF/1988. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 8º, III, da Constituição, e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. II – Agravo regimental improvido" (STF, AI 422148, AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 16.10.2007, DJe-142 Divulg. 13.11.2007, Public. 14.11.2007, DJ 14.11.2007, p. 43, Ement. v. 2299-02, p. 376). Em verdade, interesse individual homogêneo é aquele que tem origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078/1990) e, o mais das vezes, as empresas acionadas invocam a heterogeneidade do interesse a pretexto de ser inviável preestabelecer a quantificação individual do interesse que corresponde a cada um dos substituídos, havendo, como visto, fartas doutrina e jurisprudência sobre a irrelevância desse aspecto



Federal, que em vários de seus julgados vem de proclamar a ampla legitimidade do sindicato para agir na defesa de interesses coletivos ou individuais (não necessariamente interesses de classe<sup>(5)</sup>), sem importar se o *quantum debeatur* será diferente para cada substituído, inclusive porque “essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores”<sup>(6)</sup>.

A essas ações propostas pelos sindicatos se somam àquelas ajuizadas pelo Ministério Público, especialmente as ações civis públicas, todas com o objetivo de obter a satisfação de pretensões transindividuais cuja apreciação muito dificilmente ocorreria mediante ações individuais, pelo fato singelo de os titulares desses interesses temerem a vendeta patronal que adviria após o exercício do direito de provocar a judicatura.

#### 2.1.1. Aspectos polêmicos das demandas coletivas: atos dispositivos, litispendência e coisa julgada

A bem ver, alguns ajustes ainda seriam possíveis nessa trilha de compreender a ação sindical coletiva como um mecanismo eficiente na tutela judicial dos interesses de massa. *Exempli gratia*, ainda é incipiente a jurisprudência que porventura recusará validade a atos dispositivos dos trabalhadores (desistências, renúncias, transações) no curso desses processos instaurados pelos sindicatos. É evidente que a disposição de direitos merece acentuada reserva quando ela pode desnaturar a im-

na caracterização da homogeneidade. É evidente que esse dado esvazia o debate, permitindo que se assegure, com base no art. 8º, III, da Constituição, a mais ampla legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual em defesa de qualquer interesse individual, além de defender, por óbvio, os interesses coletivos dos que integram a categoria profissional.

(5) STF, RE 181438, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 4.10.1996.

(6) STF, RE 210029-3, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.8.2007.

soalidade que caracteriza a ação sindical, permitindo ao empresário neutralizar os seus efeitos por meio da pressão sobre o empregado, no âmbito do estabelecimento empresarial sob seu domínio.

Também os institutos da litispendência e da coisa julgada merecem um tratamento diferenciado no universo das ações coletivas, de tal cuidando os arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor<sup>(7)</sup>.

Quanto à coisa julgada, nas ações que visam à tutela de interesses individuais homogêneos ela se dá “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. Cuida-se, em rigor, da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, segundo a sorte da lide: se procedente o pedido na ação sindical, os membros da categoria podem habilitar-se para a percepção

(7) Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

das vantagens por ela asseguradas; se improcedente o pedido, “os interessados que não tiverem intervindo no processo como litiscon-sortes poderão propor ação [...] a título individual”<sup>(8)</sup>.

A antiga exigência de que se apresentasse o rol de trabalhadores substituídos, com a petição inicial, gerou, curiosamente, um resíduo de demandas judiciais nas quais se discute a possibilidade de os efeitos da coisa julgada aproveitarem também aos trabalhadores que não figuraram nesse rol, embora integrem indiscutivelmente a categoria profissional representada pelo sindicato que ajuizou a ação como substituto processual.

Sem embargo de não parecer razoável, à primeira vista, que uma relação de substituídos, a qual não existiria se a jurisprudência tivesse desde sempre o entendimento atual

(sobre a desnecessidade desse rol de substituídos), impeça que a coisa julgada opere *secundum eventum litis*<sup>(9)</sup>, é certo que, noutro sentido, a SBDI-1 do TST tem enfatizado: “na hipótese em que a sentença coletiva anterior limitou a condenação aos associados do Sindicato que, ao propor a ação trabalhista, individualizou os beneficiários do provimento judicial, não se pode alargar seu alcance para beneficiar outros integrantes da categoria, que daquele rol não constaram. Há de ser observada a *res judicata*, que na hipótese apreciada, não aceita relativização”<sup>(10)</sup>.

A propósito da litispendência entre a ação proposta pelo sindicato e aquela que sobreviria por iniciativa do próprio empregado, a adoção, por supletividade, do art. 104 da Lei n. 8.078/1990 (CDC) impediria que cogitássemos de litispendência, resolvendo-se o impasse ao tempo da execução do julgado<sup>(11)</sup>.

(8) Essa regra é usualmente confrontada com o regime da *class action* nos Estados Unidos. Nelson Rodrigues Neto (*Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson\\_rodrigues\\_netto](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson_rodrigues_netto)>), comenta: “As *Federal Rules of Civil Procedure* (‘Código Federal de Processo Civil’) estabelecem três classes ou espécies de ações coletivas, bastante delineadas em seu art. 23(b), respectivamente, nos ns. 1, 2 e 3. A despeito dos requisitos genéricos para todas as espécies, definidos no art. 23(a), das FRCP, as ações coletivas previstas no art. 23(b), ns. 1 e 2 são consideradas compulsórias (*mandatory class actions*), de modo que a decisão proferida atingirá integralmente a respectiva classe de indivíduos. Diferentemente, a ação coletiva fundada no art. 23(b), n. 3, dispõe de mecanismo de opção, permitindo a manifestação individual para exclusão do processo coletivo (*opt-out class actions*). Neste caso, todos os indivíduos que não exerceram o direito de exclusão do processo coletivo, no tempo e forma legais, serão alcançados pela coisa julgada formada na ação coletiva. O sistema é norteado pelo controle judicial da *representação adequada* do representante da classe na ação coletiva, cujo corolário é o princípio constitucional do devido processo legal. Como consequência, a insurgência contra a coisa julgada formada no processo coletivo, tanto nas *mandatory class actions*, como nas *opt-out class action*, onde o indivíduo manteve-se integrado à relação processual, somente será reconhecida se restar provado que os indivíduos pertencentes à classe não tiveram uma representação adequada na ação coletiva”.

(9) Nesse sentido: [...]. RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA. O art. 872, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho foi recepcionado apenas em parte pela Constituição Federal de 1988. A expressão – de seus associados – não foi recepcionada, porque incompatível com a nova ordem constitucional. O art. 8º, III da Carta Magna autoriza a atuação ampla do sindicato, na qualidade de substituto processual, dada a sua função institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria. Tem-se, portanto, que, a despeito da existência ou não de rol dos substituídos na ação originariamente ajuizada, em se tratando de substituição processual, podem os integrantes da categoria, em qualquer tempo durante a execução, habilitar-se, alcançando-se, inclusive, uma finalidade importante em termos de celeridade, para evitar que toda a discussão seja novamente deflagrada. Recurso de revista conhecido e a que se dá provimento (ED-RR 9988600-48.2003.5.02.0900, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 7.5.2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 13.6.2008).

(10) E-RR 547340-63.2006.5.09.0011 Data de Julgamento: 21.10.2010, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 12.11.2010.

(11) Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem



Embora a SBDI-1 já se tenha posicionado em outro sentido<sup>(12)</sup>, é fato que os seus integrantes já revisitam o tema para compreender que “a coletivização das ações tem como resultado pronunciamento judicial com autoridade para solucionar lesões de direto que se repetem, de modo que tenha ele força suficiente para se estender aos direitos individuais homogêneos e coletivos, evitando, com isso, o entulhamento de processos que assoberbam os órgãos jurisdicionais. As ações coletivas têm a mesma natureza jurídica, quer sejam elas de origem trabalhista, quer sejam consumeristas. Deste modo, não há se falar em litispendência, na medida em que a autora apenas será abrangida pela coisa julgada, que se formará na decisão coletiva, se buscar a suspensão do seu processo individual, com o fim de receber os efeitos daquela ação, o que não consta no presente caso. Aplica-se, portanto, o art. 104 do CDC ao processo do trabalho, que assegura a propositura de ações individuais e coletivas sem caracterização de litispendência”<sup>(13)</sup>.

## 2.2. A garantia de indenidade

Outro vetor positivo no propósito de instituir salvaguardas para a ação trabalhista, protegendo-a da ameaça de revide patronal que compromete o seu pleno exercício, é certamente a *garantía de indemnidad*, vale dizer, a imunização de todos quantos exerçam um direito fundamental, inclusive o direito de

ação judicial trabalhista. O seu fundamento é o direito constitucional à tutela judicial efetiva que, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha:

“[...] não se satisfaz mediante apenas a atuação dos juízes e tribunais, mas também através da garantia de indenidade. Isso significa que ao exercício do direito de ação judicial ou de atos dela preparatórios não podem seguir-se consequências prejudiciais no âmbito das relações públicas ou privadas, para as pessoas que as protagonizam. No âmbito das relações laborais, a garantia de indenidade se traduz na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas do exercício, pelo trabalhador, da tutela de seus direitos.” (SSTC 14/1993)

Inicialmente com base na premissa de que não poderia ser discriminado o trabalhador que propusesse uma ação judicial e, mais adiante, agregando a esse fundamento – alusivo ao princípio da isonomia – o de não permitir que o exercício de um direito fundamental, como o de tutela judicial efetiva, pudesse ser de algum modo inibido, o Tribunal Constitucional da Espanha consagrou a *garantía de indemnidad*, assim se posicionando:

[...] uma atuação empresarial motivada pelo só fato de (o trabalhador) haver exercido ação judicial que tenderia ao reconhecimento de direitos que ele cria titularizar deve ser qualificada como *discriminatória e radicalmente nula porque contrária a esse mesmo direito fundamental*, já que entre os direitos laborais básicos se encontra o de exercer individualmente as ações que derivem de seu contrato de trabalho (art. 4.2.g do Estatuto dos Trabalhadores) – STC 5/2003.

A ideia se disseminou por toda a Europa e foi enfim incorporada à jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

---

litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

- (12) E-RR 13700-25.2008.5.22.0002 Data de Julgamento: 19.8.2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 27.8.2010.
- (13) TST, 6ª Turma, RR – 625-39.2010.5.22.0004, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 22.6.2011, Data de Publicação: 1º.7.2011.



que, ao interpretar a Directiva 76/207/CEE, não hesitou:

O princípio de controle jurisdicional efetivo, consagrado pelo art. 6 da Diretiva, quedaria privado de eficácia, em sua essência, se a proteção que confere não incluísse as medidas que [...] poderia eventualmente adotar um empresário como reação a uma ação judicial exercitada por algum empregado ante os tribunais, com o objetivo de garantir o respeito ao princípio da igualdade de tratamento. Com efeito, o temor de tais medidas, contra as quais não se pudesse exercer alguma ação judicial, poderia dissuadir os trabalhadores que se considerassem discriminados de fazer valer seus direitos pela via jurisdicional e, portanto, poderia pôr em perigo, gravemente, a realização do objetivo perseguido pela diretiva.<sup>(14)</sup>

Protege-se o empregado contra a represália patronal que consista em ato abusivo supostamente fundado no poder disciplinar ou mesmo em ato de dispensa. O trabalhador europeu, por obra de construção jurisprudencial que mais tarde se converteu em lei e em *directiva* da União Europeia, tem assim assegurado o seu retorno ao emprego sempre que dispensado em virtude de ousar a propositura de demanda judicial durante a relação empregatícia.

E de nada adiantaria assegurar a reintegração ao emprego se fosse exigido do empregado a prova de que teria sido dispensado por ato discriminatório ou movido pelo interesse de revidar a propositura de ação judicial. Para emoldurar o sistema de proteção, cuidou-se de definir coerentemente o ônus da prova:

[...] Este Tribunal tem declarado que quando o trabalhador sustenta ter sido a

(14) STJCE de 22 de setembro de 1998 – Assunto C-185/97 Caso Coote. Tradução livre nesta e nas citações alusivas a decisões do Tribunal Constitucional da Espanha.

sua dispensa discriminatória ou lesiva de qualquer direito fundamental, aportando para tanto indícios que gerem uma razoável suspeita, aparência ou presunção em favor do argumento da discriminação, incumbe ao empresário a prova da existência de que a despedida atendeu a um motivo razoável – STC 7/1993.<sup>(15)</sup>

É embrionária, porém, a evolução jurisprudencial a respeito, no Brasil. Se cuidamos da ação judicial individual, a verdade é que o instituto está às voltas com um pensamento jurídico que confina o seu uso, contraditoriamente, aos destituídos de emprego. Quem propõe ação perante a Justiça do Trabalho não é, regra geral, o empregado, mas aquele que deixou de sê-lo. São de uma tibieza inquietante as tentativas, no campo doutrinário e sobretudo jurisprudencial, no sentido de outorgar cidadania aos trabalhadores que ainda sofrem a lesão, vivenciando-a resignadamente.

### **2.3. A prescrição – o receio de propor ação trabalhista e a prescrição das pretensões nascidas em alterações intercorrentes do contrato de emprego**

De iniludível perversidade, na perspectiva do empregado que suportou a violação de seus direitos em meio a uma relação trabalhista de médio ou longo tempo, é a percepção, ao desenlace do vínculo, de estarem definitivamente consolidadas as alterações contratuais lesivas que contam mais de cinco anos, não importando se o descumprimento do contrato, pelo empregador, repercutiu, insidiosamente, por todo o restante da relação laboral.

Não foi dado ao trabalhador o direito de reclamar sem expor-se ao risco – em verdade, à contingência quase inexorável de perder o emprego – e agora lhe tratam como um credor

(15) Precedentes citados na decisão: SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992.





relapso, daqueles que negligenciam a luta por seu direito em razão de preguiça ou inapetência. A ordem jurídica e seus operadores fazem caso do medo que o empregado tem de apresentar sua demanda judicial enquanto o vínculo e o conflito ainda existem, porque o medo não seria um valor jurídico.

Decerto que se diria inviável relevar a segurança jurídica no direito do trabalho, dado que estaríamos a cuidar de valor contemplado em todo o ordenamento, nas relações civis de ordem pública ou privada. A segurança jurídica – que é, na hipótese e em última análise, a segurança patrimonial do devedor – não poderia, segundo se diz, ceder lugar à eterna incerteza sobre o dia e hora em que o trabalhador enfrentaria afinal o seu empregador, desvestindo-o da potestade exercida sobranceiramente no ambiente empresarial para desafiá-lo, testa a testa, à mesa igualitária da audiência trabalhista.

A pretexto de assim promover a pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça do Trabalho, o art. 7º, XXIX da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual<sup>(16)</sup>.

(16) O poder constituinte, frise-se por justiça, não anteviu a hipótese a que seria conduzida a prescrição, nessa leitura, com sinais trocados, do dispositivo constitucional. Denise Arantes Santos Vasconcelos (*Revista LTr* 73-01/92, jan. 2009), citando Homero Batista Mateus da Silva, historia os debates na Assembleia Nacional Constituinte e relata, assim, que se digladiavam os defensores da não intercorrência de prescrição em meio ao vínculo e os que pugnavam pela manutenção do art. 11 da CLT, prevalecendo proposta intermediária. A autora conclui: “[...] a intenção do legislador constituinte foi a de resguardar

Houve quem defendesse, não sem boa dose de razão, que os cinco anos não prescritos seriam aqueles que antecederiam o final do liame empregatício, sem influência de quando fosse proposta a ação<sup>(17)</sup>. Este texto não contém, porém, a defesa de tal ponto de vista, inclusive porque se justifica, também com base em critério de razoabilidade, que se observe, quanto ao prazo quinquenal, a adoção do princípio *actio nata*: a prescrição flui a partir do nascimento da pretensão. Na prática, e embora sem qualquer rigor acadêmico, o quinquênio é contado retroativamente a partir do ajuizamento da ação, salvando-se dos efeitos da prescrição as prestações exigíveis após esse marco temporal.

Mas é tempo, sempre é tempo, de se estabelecer crítica contra dois aspectos da

---

ao trabalhador maiores condições de lutar por seus direitos na vigência do contrato de trabalho, mesmo estando subordinado ao empregador. Assim, se não houve a interrupção da fluência do prazo prescricional enquanto ativo o contrato de trabalho, ampliou-se esse prazo, na tentativa de reduzir os efeitos da subordinação do empregado ao poder potestativo do empregador. Portanto, a criação de uma nova hipótese de incidência da prescrição trabalhista, prevista na Súmula n. 294 do TST, cujo prazo inicia-se ainda na vigência do contrato de trabalho, apresenta-se, a nosso ver, contrária ao texto constitucional, na medida em que não se coaduna com a exegese do art. 7º, XXIX”.

(17) Plá Rodriguez se refere a uma histórica decisão do Tribunal Constitucional italiano nesse sentido (RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. p. 217). Plá observa, sobre o início do prazo prescricional: “Talvez o documento mais significativo nesse sentido seja a sentença do Tribunal Constitucional italiano, datada de 10.6.1966, na qual se afirma que o prazo não começa a ser contado senão a partir do término do contrato de trabalho, dada a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo por que muitas vezes é levado a renunciá-lo, ou seja, pelo temor da despedida: de sorte que a prescrição, decorrente durante a relação de trabalho, produz justamente o efeito que o art. 36 da Constituição (italiana) procurou evitar, proibindo qualquer tipo de renúncia, inclusive a que, em situações particulares, pode estar implícita na falta de exercício do próprio direito, e portanto no fato de deixar-se correr a prescrição”.



jurisprudência que se desenvolveu a partir da edição da Súmula n. 294 do TST, cuja dicção é peremptória: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

Em síntese, a pretensão deduzida em vista de violação de preceito de lei se submete a prescrição apenas parcial, o que implica a certeza de que as prestações exigíveis no quinquênio anterior à propositura da ação estão a salvo, mesmo se o início da lesão remonta a tempo anterior ao prazo prescricional. *Contrario sensu*, a violação de cláusula contratual ou de norma coletiva ou regulamentar insubsistente atrairia a prescrição total, consolidando-se definitivamente a alteração das condições de trabalho após o decurso dos cinco anos. Assim se daria porque os direitos trabalhistas previstos em lei seriam de indisponibilidade absoluta, sendo de indisponibilidade relativa aqueles que proviessem de outras fontes jurídicas.

Os dois pontos de reflexão, aqui propostos, dizem respeito à aceção de lei, pois há jurisprudência no sentido de a violação de dispositivo constitucional – que não seria lei em sentido estrito – deflagrar prazo de prescrição total; quer-se refletir, ainda, sobre a própria compreensão de que as pretensões surgidas em razão de alterações contratuais se sujeitam a prazo de prescrição total, consolidando-se cinco anos depois.

### 2.3.1. A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

Entre os direitos de indisponibilidade absoluta, vimos que o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição, em princípio, no sentido de somente aqueles previstos em lei *stricto sensu* desencadearem, quando violados, o prazo de prescrição parcial.

Nessa direção, haveria clara inclinação da jurisprudência no sentido de adotar a

prescrição total quinquenal nos casos em que o salário estritamente contratual, sem inspiração em lei específica, é unilateralmente reduzido. Ilustrariam essa corrente jurisprudencial as Orientações Jurisprudenciais ns. 76 (conversão de triênios em quinquênios), 242 (incorporação de horas extras suprimidas), 243 (reajustes salariais suprimidos por planos econômicos) e 248 (redução do percentual de comissões) da SBDI-1.

Seria o mesmo que afirmar: entre os direitos de indisponibilidade absoluta, o Tribunal Superior do Trabalho estaria firmando posição no sentido de somente aqueles previstos em lei *stricto sensu* desencadearem, quando violados, o prazo de prescrição parcial. A violação de preceito constitucional atrairia a incidência da prescrição total.

O contra-argumento é, porém, persuasivo: sendo superior à regra legal, a norma constitucional também deveria, se infringida, dar ensejo à prescrição somente das parcelas exigíveis no último quinquênio (prescrição parcial), e não à prescrição total. Isso importaria, por exemplo, a adoção da prescrição parcial em todos os casos de redução salarial, pois o art. 7º, VI, da Constituição estaria, nesses casos, malferido.

Essa defesa da prescrição parcial tem ainda apelo sistêmico: é que quando se insere no elevado patamar do catálogo de direitos fundamentais, a irredutibilidade do salário passa a conviver com princípios e regras que emprestam unidade ao nosso sistema jurídico. A proteção à dignidade humana é o seu verdadeiro foco, cabendo ao direito do trabalho, à doutrina e à justiça especializada revelar o conteúdo dos direitos fundamentais que se apresentam em harmonia, portanto, com a existência e o trabalho dignos de todos quantos titularizem esses direitos.

A máxima efetividade dos direitos fundamentais decerto não combina com a consolidação de atos que lhes sejam lesivos,





pondo à prova a *fundamentalidade* desses direitos. E é da validação de tais atos (supostamente nulos) que se cuida quando se consagra, como decerto se poderia fazer sob a antiga ordem constitucional e legal, a prescrição total de pretensões atinentes à redução de salário contratual. A Constituição proscreve não somente a redução do salário legal, mas igualmente o ato patronal que reduz o salário ajustado e assim desestabiliza o meio primário de subsistência do homem que trabalha, perturbando a sua vida familiar e gregária, comprometendo enfim o valor social que é conquista imanente ao seu trabalho e é também um valor constitucional. A negociação coletiva é o único modo de legitimar a redução de salário contratual que esteja a ameaçar a sobrevivência da empresa (art. 7º, VI, da Constituição) – fora daí há violação de direito fundamental.

Há decisões recentes da SBDI-1 do TST que consagram, em boa hora, a adoção da prescrição parcial em hipóteses de redução de salário estritamente contratual, ou seja, de salário sem lastro em lei específica. Revela-se, portanto e nessas decisões<sup>(18)</sup>, um bom presságio de que se poderá estar resgatando, pela fonte jurisprudencial mais qualificada, a compreensão de que não se podem consolidar lesões a direitos trabalhistas fundamentais.

### 2.3.2. A prescrição total e a possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição de pretensão fundada em nulidade

Está decerto a merecer alguma ponderação a importância que o direito do trabalho ou, em verdade, os seus mais qualificados intérpretes têm dado ao princípio da segurança

jurídica, em rota sempre ascendente de prestígio a esse postulado e à consequente sublimação da modalidade de prescrição que mais acentuadamente o contempla, a prescrição total. Parece que se foi longe demais, desacoplado-se assim o direito laboral da árvore do direito comum que, em direção oposta, tem consagrado a imprescritibilidade da pretensão derivada de ato nulo.

O que justifica a existência do direito do trabalho não é a instituição, de marcos regulatórios, para a atividade empresarial, pois dessa tarefa podem cuidar, com séculos de valiosa experiência, outros ramos do direito privado. A proteção à dignidade do trabalho humano é de ser sempre lembrada como o fundamento que atrai a incidência do direito laboral e justifica a sua existência.

E qual, enfim, a regra do Código Civil em vigor sobre os efeitos da prescrição que corre contra a alteração contratual ilícita? Esqueçamos, por um instante, a regência da relação de emprego pelo direito do trabalho e, aproveitando somente a nulidade nele estabelecida para as alterações contratuais lesivas (art. 468 da CLT), indaguemos ao direito comum a regra sobre prescrição a ser aplicada à espécie.

De início, vale a pena constatar a preocupação, no novo compêndio, de distinguir os casos de prescrição e decadência. O atual código traça uma linha divisória entre os casos nos quais há vícios de vontade que geram anulabilidade do contrato e aqueles outros que dão origem a nulidade contratual. A razão é simples: a anulabilidade exige a intervenção judicial e, por isso, a pretensão contra a cláusula contratual lesiva é de natureza constitutiva, atraindo assim a incidência de prazo decadencial; por sua vez, a nulidade opera sem necessidade de declaração judicial, gerando efeito *ex tunc* e pretensão condenatória, o que basta para atrair a incidência de prazo prescricional. É lição de propedêutica que a decadência atinge pretensões constitutivas (ou

(18) Ver, entre outras, a E-RR-788038-71.2001.5.01.0342. Ver mais no capítulo sobre prescrição trabalhista em CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. Aracaju: Evocati, 2011, com acesso gratuito pelo sítio virtual da Editora Evocati.





desconstitutivas) e a prescrição alcança pretensões condenatórias.

As hipóteses de nulidade e de anulabilidade atendem à política legislativa. A simulação, por exemplo, era vício de consentimento que gerava anulabilidade sob a regência do Código Civil de 1916 e implica nulidade a partir do novo código (art. 167<sup>(19)</sup>). Os vícios de consentimento que implicam a anulabilidade da avença, no atual código, são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores<sup>(20)</sup>. Em todos esses casos, há necessidade de ação (des)constitutiva com vistas à rescisão contratual e, por isso, o prazo previsto para essa ação é decadencial<sup>(21)</sup> – sem que se vislumbre um direito preexistente, a inércia da parte inocente impede o surgimento do direito à dissolução contratual.

Sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 468<sup>(22)</sup>), a coação moral ou econômica que se presume nas alterações prejudiciais intercorrentes ao contrato impõe a nulidade, assim também sucedendo com o ato resultante da tentativa de fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista<sup>(23)</sup>. A diferença de

tratamento quanto à coação e à fraude, quando comparada a legislação trabalhista com a civil (que prevê, de modo mais brando, a anulabilidade nesses casos), justifica-se pela singela circunstância de o vínculo de emprego ser caracterizado pela debilidade de um dos seus atores, vulnerabilizado pela premência de subsistir com o salário, enquanto há salário.

Houve tempo em que as categorias jurídicas hauridas no direito civil eram assimiladas com acentuada reserva pelos juslaboralistas, pois não se compatibilizava com os princípios do direito do trabalho aquele conjunto de regras extremamente formal (abstraía-se das causas do contrato e da boa-fé objetiva) e de inspiração individualista (o fim social da empresa e dos direitos patrimoniais escapava das balizas do *pacta sunt servanda*).

A verdade, porém, é que o Código Civil de 2002 é boa centelha. Nasceu sob os viçosos pálios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, como tantas vezes proclamou o jurista Miguel Reale. Entrou em cena, portanto, para realizar o postulado da dignidade humana e, não bastasse tão auspicioso desígnio, corrigiu atecnias da lei anterior de modo a permitir que os seus princípios e regras ganhassem efetividade.

O direito laboral será sempre o sistema compensatório da desigualdade no mundo do trabalho, sendo imprescindível a produção metódica e analítica das normas que visam atender a esse desiderato, com os olhos voltados à pacificação social. Mas é certo que o direito do trabalho não é um departamento estanque na ordem jurídica, alheio à necessidade de interagir com outros sistemas jurídicos que porventura avancem, mais acesamente, na definição de seus conceitos ou no aperfeiçoamento de suas regras de proteção. Se a norma de direito civil deu nova conformação à invalidade do contrato,

fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(19) Art. 167, CC – É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

(20) Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

(21) Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

(22) Art. 468, CLT – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

(23) Art. 9º, CLT – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou





explicitando o modo como devem interagir a nulidade contratual e a prescrição extintiva, cabe ao intérprete do direito do trabalho consultar o novo regramento para somente depois resolver acerca de sua possível subsidiariedade.

Sobre o tema, estabelece o art. 169 do Código Civil que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. A norma encerra antiga polêmica entre modelos hermenêuticos, mas a inovação é sobretudo de forma, vale dizer, inova-se a inserção da regra no direito positivo para que se dissipem as dúvidas inconvenientes. Moreira Alves<sup>(24)</sup>, usando de elogiável capacidade de síntese, esclarece:

Inovando, o art. 169 determina que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Em se tratando de negócio jurídico nulo, também no direito romano se acha a regra de Paulo, segundo a qual *quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50.17.29). Todavia, em hipóteses excepcionais, e por determinação do ordenamento jurídico, pode validar-se um negócio jurídico originariamente nulo com a confirmação dele pela pessoa que possa valer-se de sua nulidade (cfe. Fr. Vat. 294; D. 31.77.17; D. 32.33.2; D. 34.2.13).

Em rigor, a jurisprudência reclamava a imprescritibilidade do ato nulo e, a bem dizer, já a afirmava quando a cuidar de interesses e valores de variado matiz. Precedente do Superior Tribunal Justiça revelam essa senda:

CIVIL – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL  
– NULIDADE DA ESCRITURA – PRES-  
CRIPTION – MATERIA DE FATO

(24) ALVES, José Carlos Moreira. *O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>.

I – Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.

II – Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial.

III – Recurso não conhecido.

(REsp 12.511/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8.10.1991, DJ 4.11.1991 p. 15684)

Também a doutrina assim se posicionava, como se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira<sup>(25)</sup>:

“O ato nulo é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *quod nullum este nullum producit effectum*. [...] Nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade. A primeira, para tanto, é ineficaz, por não ser o ato nulo passível de ratificação. O segundo não opera o convalescimento, senão *longi temporis*, porque o defeito de origem subsiste, até que a autoridade judiciária pronuncie a ineficácia: *quod ab initio vitiosum este non poteste tractu temporis convalescere*.”

É de se reiterar, entretanto, que a imprescritibilidade da pretensão consequente de ato nulo não implica *ipso jure* a imprescritibilidade da pretensão trabalhista de natureza condenatória que lhe é correlata, pois é certo que a Constituição impõe a prescrição das parcelas após o quinto ano de sua exigibilidade (art. 7º, XXIX). Assim poderíamos sintetizar: a alteração contratual nula não convalesce após cinco anos, embora prescrevam as prestações, apenas as prestações correspondentes, se

(25) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 641.





devidas mais de cinco antes do ajuizamento da ação.

Ilustrando essa ideia, dir-se-ia que a adoção da regra de direito civil, na relação de emprego, resultaria na aplicação somente da prescrição parcial em todos os casos nos quais incidisse a nulidade prevista no art. 468 da CLT, ou seja, prescreveriam apenas as parcelas exigíveis antes do prazo quinquenal sempre que se postulassem horas extras em razão de alteração contratual relativa, por exemplo, ao elasticimento de jornada ajustada ao início do vínculo ou, noutra hipótese, à redução direta ou indireta de salário previsto em contrato. A alteração contratual, por ser nula, não convalesceria pelo decorrer do tempo, não obstante as prestações devidas em razão da citada alteração estivessem sujeitas à prescrição quinquenal.

#### **2.4. Os métodos excludentes de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas – a arbitragem em conflitos individuais e as comissões de conciliação prévia**

As pautas da Justiça do Trabalho, não obstante todo o esforço dos magistrados que a compõem, ainda estão congestionadas. Os litígios se disseminam na mesma proporção em que se desenvolve a economia e assim não se dá em virtude da abertura ou maior receptividade dos empregadores à solução judicial em meio aos vínculos de emprego, mas sim porque é da cultura empresarial, no Brasil, a rotatividade da mão de obra<sup>(26)</sup>. Os empre-

gados despedidos, quase na mesma proporção dos que são admitidos, sentem-se finalmente livres para ajuizar a ação trabalhista.

Com o objetivo de reduzir-se a litigiosidade no âmbito do poder judiciário, estimula-se a solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas. Nessa direção, desde algum tempo se tem cogitado do incremento da arbitragem e, após iniciativa do próprio Tribunal Superior do Trabalho, acresceram-se preceitos ao art. 625 da CLT com o fim de se instituir a comissão de conciliação prévia.

##### **2.4.1. A opção social pela judicialização dos conflitos – aspecto cultural**

Em rigor, algumas ordens jurídicas são mais receptivas à heterocomposição extrajudicial (caso da arbitragem), e mesmo à autocomposição com mediação (modelo no qual se incluiria o acordo no âmbito da comissão de conciliação prévia), porque não compartilham com o Brasil uma estrutura judiciária formada por juízes de carreira, dotados de prerrogativas que conferem independência funcional e, por isso, confiabilidade. Cabe citar, por exemplo, o que dissera René David sobre as características do processo inglês:

A primeira e mais notável dessas características é a raridade dos casos em que o processo chega a uma sentença proferida após debates públicos pelo juiz. O processo civil inglês normalmente, podemos dizer, não tem essa conclusão. Seu objeto é mais proporcionar um título executivo judicial ao autor do que promover o exame contraditório de um litígio, na maior parte dos casos inexistente, e fazer esse litígio ser resolvido pelo juiz, com ou sem júri. Defini-

(26) Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, no ano 2008 houve 16.659.331 de novos contratos, mas a esse número se contrapuseram mais de 15.207.127 de desligamentos; em 2009, 16.187.140 novas admissões contra 15.192.530 desligamentos (fonte: MTE/CAGED. Disponível em: <[http://www.ijsn.es.gov.br/attachments/704\\_ijsn\\_nt12.pdf](http://www.ijsn.es.gov.br/attachments/704_ijsn_nt12.pdf)>). Como essa rotatividade implica um custo não apenas social, pela adversidade da dissolução do emprego na vida do trabalhador, mas também um dispêndio elevado de cotas de seguro-

-desemprego, há projeto de lei (PLP 595/10) na Câmara propondo medidas de estímulo (redução da contribuição para o Sistema S, do imposto de renda e da contribuição social para o lucro líquido) a boas práticas de gestão que, encetadas pelas empresas, reduzam esse índice muito elevado de dissoluções de contrato.





tivamente, na maioria dos casos o juiz está ausente do processo civil, na Inglaterra.<sup>(27)</sup>

Na França, as jurisdições tradicionais subsistiram, inobstante o ocaso do feudalismo e o advento do Estado moderno, limitando-se a autoridade real a atraí-las ao seu controle<sup>(28)</sup>. Mas parece ser sinal de desapareço à função judicante o fato de não haver, no sistema constitucional francês, um poder judiciário, mas sim uma autoridade judiciária. Se essa ilação prospera, a história contempla, porém e para ela, alguma explicação.

E talvez a mais expressiva causa desse estado de coisas guarde relação com o fato de a magistratura, inclusive na França da era moderna, ter-se apresentado como parte do aparato de poder da aristocracia que exercia então o poder político. Observa Dallari que “nessa fase histórica, referida pelos teóricos franceses como *ancien régime*, o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesmo alugada a alguém quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para futura entrega a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva”<sup>(29)</sup>.

Não se há negar a importância de Montesquieu na teorização do sistema de separação de poderes e suas ideias não devem ser associadas a uma experiência pessoal. Mas é válido dizer que o citado pensador político herdou de um tio o cargo de membro do *Parlement*

de Bordeaux, que era um órgão judiciário coletivo. Nota Dallari que “embora fosse interessado em filosofia e teoria política e não em leis e litígios judiciais, Montesquieu assumiu o cargo e nele permaneceu até 1726, quando finalmente o vendeu, por necessitar de dinheiro mas também porque não sentia interesse por aquele tipo de atividade”<sup>(30)</sup>.

Mais adiante, em 1748, publicou “Do Espírito das Leis”, dizendo então que “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, por um certo período do ano, da maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não dure mais do que a necessidade o exija”. Não por acaso, a Constituição francesa de 1791 estabeleceu a eletividade e a temporariedade dos juízes, sendo a nomeação destes pelo rei instituída pela Carta Constitucional de 1814<sup>(31)</sup>.

Com a implantação do sistema republicano, na França de 1848, a nomeação dos juízes passou a caber ao presidente da República, sendo assegurada a vitaliciedade aos juízes de primeira instância e dos tribunais superiores. Após esse relato, conclui Dallari, em consonância com o que estou a sustentar: “[...] fica evidente que na França perdura uma herança histórica que não é favorável à equiparação do Judiciário aos demais poderes do Estado nem à independência real dos juízes”<sup>(32)</sup>.

Em verdade, a adoção, pela França, do princípio da separação de poderes reverenciava a supremacia da assembleia geral e não disfarçava a desconfiança do poder judiciário, explicando Jiménez Asensio que essa postura se baseava em três eixos: a) a soberania do parlamento que implicava a supremacia da lei (a constituição era apenas um documento

(27) DAVID, René. *O direito inglês*. 1987. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 45.

(28) Cf. DAVID, René. *Op. cit.*, p. 4.

(29) DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 1996. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

(30) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 15.

(31) *Op. cit.*, p. 15.

(32) *Op. cit.*, p. 16.



alusivo à organização política do estado); b) a preservação de um poder executivo forte e isento de controle jurisdicional; c) um poder judiciário submetido ao império da lei e que não podia intervir nas esferas reservadas aos outros poderes<sup>(33)</sup>.

É curioso notar que, no Brasil, a Constituição Imperial de 1824 não dissimulava a influência, em seu texto, da intelectualidade francesa, tanto que a guarda do texto constitucional não fora ali cometida ao órgão máximo do poder judiciário, mas sim à assembleia geral (art. 15, IX). Embora o imperador tivesse razões para nutrir despreço pela judicatura que por aqui se exercia<sup>(34)</sup>, a verdade é que se importou um modelo (francês) lastreado na desconfiança, sem que de ninguém, por aqui, propriamente se desconfiasse.

Apesar das arbitrariedades de que se tinha notícia, a jurisdição ordinária era encimada por juízes de direito nomeados livremente pelo imperador e composta por magistrados que não raro se somavam aos partidários da monarquia<sup>(35)</sup>. E à ideia de que apenas a assembleia geral poderia revelar a vontade geral deu lugar, a partir da proclamação da república, ao fortalecimento do sistema judicial brasi-

leiro, sendo adotado o controle difuso da constitucionalidade desde a primeira Constituição Republicana, de 1891. A partir de 1965<sup>(36)</sup>, e por influência da Constituição austríaca de 1920, o Supremo Tribunal Federal assumiu também a competência para o controle concentrado de constitucionalidade das leis.

O art. 104, a, da Constituição de 1934 já exigia a investidura dos juízes de primeiro grau mediante concurso público realizado pela Corte de Apelação, dispositivo esse repetido, em sua parte essencial, pelo art. 103, a, da Constituição de 1937, pelo art. 124, III, da Constituição de 1946 e pelo art. 136, I, da Constituição de 1967. A Constituição de 1988 universalizou a regra do concurso público para todos os servidores da administração, abolindo, no tocante aos juízes, a aprovação em listas tríplexes. A experiência do poder judiciário brasileiro é condizente, portanto, com uma progressiva confiança na atuação da magistratura, o que justifica a tendência, mais que em outros países, à judicialização dos conflitos, a preferência pela solução judicial.

#### 2.4.2. A arbitragem

A edição da Lei n. 9.307, de 23.9.96, trouxe a lume a velha divergência sobre ser possível adotar a arbitragem como meio hábil à solução de conflitos trabalhistas e, em última análise, sobre qual o tipo de conflito que se pode render à solução arbitral: o individual, o coletivo, nenhum ou ambos. Aos poucos, porém, sedimenta-se a orientação teórica sobre ser viável, por vezes recomendável, a arbitragem na composição ou mesmo prevenção de conflitos coletivos e, noutro canto, inadmissível a sua utilização para o desembaraço de lides individuais.

Tão logo editada a citada lei, observou Firmino Alves Lima, em meio a artigo sobre a

(33) ASENSIO, R. Jiménez. *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 82.

(34) Raymundo Faoro esclarece que "o centro do sistema estava no juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores, os inspetores de quarteirão, de triste memória nos anais do crime e da opressão" (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. p. 346 (v. 1. Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro). Segundo o Visconde do Uruguay, citado por Faoro, o juiz de paz "era talvez a 3ª autoridade depois da regência e dos ministros". Em verdade, o círculo judiciário de primeira instância era dividido, a partir do Estatuto de 1832, em três circunscrições: o distrito (entregue ao juiz de paz), o termo (onde havia um conselho de jurados, um juiz municipal, um escrivão das execuções e os oficiais de justiça) e a comarca (titularizada por juiz de direito nomeado pelo imperador).

(35) FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 322, citando Armitage.

(36) Por meio da Emenda Constitucional n. 16.





arbitragem trabalhista nos Estados Unidos, que “o objetivo de tal procedimento é buscar uma solução rápida, menos custosa e mais próxima da realidade das relações industriais”<sup>(37)</sup>. Em rigor, ambas as premissas são pertinentes, mas não estariam a salvo de alguma reflexão.

Sobre ser menos custosa a solução arbitral, caberia ponderar que se está tratando do custo operacional, que onera o particular em detrimento do erário. É que, na perspectiva do trabalhador, a solução judicial não lhe acarreta maior despesa: o dispêndio menor de recurso financeiro ocorre nos países em que o interessado pode optar por certa corte jurisdicional desde que pague custas elevadas, a exemplo do que sucede na Inglaterra<sup>(38)</sup> – no Brasil, as custas judiciais são módicas e não raro o empregado é exonerado da obrigação.

Quanto à maior conformação do discurso decisório à realidade, não há como negar que um árbitro pinçado do meio profissional, onde se desenvolve o litígio, está mais apto a adequar a regra jurídica ao fato concreto, sobretudo quando se cuida de litígio que não envolve uma coletividade de trabalhadores ansiosa pela criação de norma mais equânime, não se prestando, em regra, ao cumprimento de norma preexistente.

O art. 114, § 2º, da Constituição brasileira faz preferível, por isso, a arbitragem à jurisdição normativa, trilhando essa mesma e auspiciosa estrada a jurisprudência especializada. A bem dizer, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, converteu a jurisdição normativa em um simulacro de arbitragem judicial, ao exigir que somente se a instaure por “comum acordo” entre empregados e empregadores.

(37) LIMA, Firmino Alves. Solução dos conflitos trabalhistas pela arbitragem nos EUA. In: *Revista Trabalho & Processo*, São Paulo: Saraiva, n. 6, p. 76, set. 1995.

(38) DAVID, René. *Op. cit.*, p. 23/30.

É tal a importância da arbitragem como meio de solução de conflitos coletivos do trabalho, que João de Lima Teixeira Filho não hesitava, desde a primeira hora, em equipará-la à negociação coletiva quanto à supressão de conquistas obreiras, que somente as convenções e acordos coletivos poderiam encetar. Sustenta o renomado laboralista que “não teria substância jurídica a Constituição validar a arbitragem como mecanismo auxiliar apto a solucionar o conflito coletivo de trabalho, de um lado, e, de outro, despojá-la da carga decisória necessária à consecução do fim que a justifica, apequenando materialmente seu raio de atuação”<sup>(39)</sup>.

Sobre ser mais célere a arbitragem que a solução judicial, é dizer que essa questão nos faz retornar à anterior, vez que a conversão da sociedade industrial baseada na energia em “sociedade informacional” reclama, como lembra Roberto Fragale<sup>(40)</sup>, solução de seus conflitos em tempo real e não tem tempo diferido, sendo este o tempo da decisão judicial e aproximando-se daquele o tempo necessário à obtenção do laudo arbitral. A volatilidade do capital (mesmo do capital investido em atividade produtiva) é de tal ordem que o adiamento da decisão implica uma taxaço indireta e inaceitável para um sistema financeiro que arrebatava, a pouco e pouco, a hegemonia do poder estatal.

(39) TEIXEIRA FILHO, João de Lima. A arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. In: *Curso de direito coletivo de trabalho – estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*, São Paulo: LTr, 1998. p. 336. O autor remete ao mesmo art. 114, § 2º, da Constituição, quando elabora, com técnica e agudeza, um fundamento jurídico para a sua percepção. Lembra que “[...] frustrada a negociação coletiva, as partes recorrem à via arbitral para fixar as condições de trabalho reivindicadas e resistidas. Nesta consensualidade quanto ao meio compositivo, as partes implícita e concomitantemente delegam ao árbitro eleito o mesmo poder de disposição que originalmente detêm”.

(40) FREGALE, Roberto. O papel do juiz na sociedade globalizada. In: *Revista Anamatra*, Brasília: Oliveiros Marques, n. 36, p. 47, maio 1999.



Em igual sentido a referência de José Eduardo Faria, que ao comentar as propostas de supressão do poder normativo da Justiça do Trabalho remata:

O espaço dessa instituição seria automaticamente ocupado, [...] pela mediação e pela arbitragem; além de consistirem mecanismos autônomos e voluntários criados e operados pelas partes, elas permitiriam a resolução dos conflitos trabalhistas com maior rapidez e pragmatismo, segundo as especificidades de cada caso. A ideia central é que os custos e os riscos de eventuais impasses, uma vez assumidos pelas partes, estimularia a negociação como estratégia ‘natural’ de superação das divergências.<sup>(41)</sup>

É irresistível dizer, porém, que esse alargamento do tempo processual não é uma necessidade do método judicial de solução dos conflitos (não lhe é uma característica inerente ou essencial), porque, em se abstraindo o direito ao contraditório – que também não pode ser suprimido do procedimento arbitral – haverá, sempre, a possibilidade de os prazos e as hipóteses de recorribilidade das decisões judiciais serem reduzidos (assunto de política legislativa) e de se dotar o Poder Judiciário de estrutura compatível com a necessária efetividade dos processos que lhe são postos à apreciação<sup>(42)</sup>.

Não há dúvida, portanto, sobre as vantagens da solução arbitral nos conflitos coletivos e isso já está dito. Mas é preciso lembrar as

razões que a proscrevem como meio hábil à heterocomposição de conflitos individuais ou intersubjetivos. Vem à memória, neste passo, o art. 1º da Lei n. 9.307/1996, *litteris*: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais indisponíveis”.

Uma primeira nota é indispensável: a lei rejeita a arbitragem no âmbito dos direitos indisponíveis, não mais a impedindo, como antes o fazia o agora revogado art. 1.072 do CPC, para direito susceptível de transação, o que é coisa diversa – a transação pressupõe a *res dubia*<sup>(43)</sup> e, por isso, se há direito de existência e titularidade certas a sua disponibilidade revela renúncia, e não transação. Neste ponto, a nova Lei da Arbitragem foi mais restritiva<sup>(44)</sup> e afastou de sua incidência o direito trabalhista individual, prescrito em fonte jurídica autônoma ou heterônoma. Assim se tem posicionado a jurisprudência:

#### ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. A Lei n. 9.307/1996, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art.

(41) FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 121. *Vide* também p. 55, sobre “sociedade informacional”.

(42) Relatório de Gestão 1998, da Diretoria Geral do TRT da 20ª Região, informa que após a instalação de um TRT no Estado de Sergipe o prazo médio para realização da primeira audiência foi reduzido, entre 1992 e 1998, de 87 para 21 dias, reduzindo-se ainda de 6428 para 1657 o número de processos pendentes de julgamento e de mais de quatro anos, em juntas de conciliação e julgamento mais antigas, para sessenta dias o prazo médio de julgamento.

(43) SÜSSEKIND, Arnaldo *apud* TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 336.

(44) É dizer: todo direito indisponível não pode ser objeto de transação, mas também é intransacionável o direito disponível, mas certo quanto à existência e titularidade.





114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem.

2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral.

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.<sup>(45)</sup>

## 2.5. A comissão de conciliação prévia

O art. 625 da CLT foi inteiramente modificado pela Lei n. 9.958, de 12.1.2000, que inovou no sistema jurídico brasileiro a necessidade de as demandas trabalhistas serem submetidas previamente à comissão de conciliação prévia, um órgão extrajudicial de solução de conflitos que pode ser constituído no âmbito da empresa, com metade dos seus membros eleita sob fiscalização do sindicato obreiro, ou no âmbito intersindical, segundo o que seja regulado por normas coletivas.

O modelo adotado é semelhante àquele previsto no Título V da Lei de Procedimento Laboral vigente na Espanha, sobretudo no que toca à necessidade de a demanda ser formulada por escrito (ou reduzida a termo por qualquer dos membros da comissão), com prazo de dez dias para a deliberação pela CCP sob pena de ter-se por frustrada a tentativa de

conciliação, autorizando-se então a propositura da ação judicial. O prazo prescricional se suspende a partir de quando provocada a CCP e o termo de conciliação vale como título executivo extrajudicial, tudo como está previsto nos arts. 625-A a 625-H da CLT e, com algumas variações, nos arts. 63 a 73 da citada lei espanhola<sup>(46)</sup>.

(46) TITULO V. DE LA EVITACION DEL PROCESO. CAPITULO I. De la conciliación previa. Artículo 63. Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 64. 1. Se exceptúan de este requisito los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, los iniciados de oficio, los de impugnación de Convenios Colectivos, los de impugnación de los Estatutos de los Sindicatos o de su modificación y los de tutela de la libertad sindical. 2. Igualmente, quedan exceptuados: a) Aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto litigioso. b) Los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas. Artículo 65. 1. La presentación de la solicitud de conciliación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de Real Decreto Legislativo n. 2/1995, de 7 abril 1995. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral n. 22, de 1987 intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. 2. En todo caso, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite. 3. También se suspenderán los plazos de caducidad y se interrumpirán los de prescripción por la suscripción de un compromiso arbitral, celebrado en virtud de los acuerdos interprofesionales y los Convenios Colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral; de interponerse un recurso judicial de anulación del laudo, la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia

(45) E-ED-RR 79500-61.2006.5.05.0028, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 18.3.2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 30.3.2010.

## Em virtude de a sujeição ao órgão extrajudicial de conciliação ser concebida como um

que se dicte. (El ap. 3 fue adicionado, en su día, por Ley n. 11/1994, de 19 mayo). Artículo 66. 1. La asistencia al acto de conciliación es obligatoria para los litigantes. 2. Cuando estando debidamente citadas las partes para el acto de conciliación no compareciese el solicitante ni alegase justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta, archivándose todo lo actuado. 3. Si no compareciera la otra parte, se tendrá la conciliación por intentada sin efecto, y el Juez o Tribunal deberá apreciar temeridad o mala fe si la incomparecencia fuera injustificada, imponiendo la multa señalada en el artículo 97.3 si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación. Artículo 67. 1. El acuerdo de conciliación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el Juzgado o Tribunal competente para conocer del asunto objeto de la conciliación, mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. 2. La acción caducará a los treinta días de aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo conocieran. Artículo 68. Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias. CAPITULO II. De la reclamación previa a la vía judicial. Artículo 69.1. Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales u Organismos autónomos dependientes de los mismos será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma establecida en las leyes. 2. Denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución, el Real Decreto Legislativo n. 2/1995, de 7 abril 1995. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral n. 23, de 1987 interesado podrá formalizar la demanda ante el Juzgado o la Sala competente, a la que acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación uniendo copia de todo ello para la entidad demandada. 3. No surtirá efecto la reclamación si la resolución fuese denegatoria y el interesado no presentare la demanda ante el Juzgado en el plazo de dos meses, a contar de la notificación o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada, salvo en las acciones derivadas de despido, en las que el plazo de interposición de la demanda será de veinte días. Artículo 70. Se exceptúan de este requisito los procesos relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, los iniciados de oficio, los de conflicto colectivo, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su

necesário rito de passagem para o ajuizamento da ação trabalhista, a lei espanhola não faz alusão à eficácia liberatória geral do termo de conciliação, nada dizendo sobre o efeito do termo de conciliação no tocante a postulações salariais ou indenizatórias não apresentadas ao órgão extrajudicial de conciliação. A razão é singela: se o empregado espanhol não pode instaurar processo judicial sem submeter antes

modificación, los de tutela de la libertad sindical y las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 71.1. Será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora o la Tesorería General de la Seguridad Social. 2. Si la entidad correspondiente hubiera dictado resolución o acuerdo contra el que el interesado se propusiera demandar, la reclamación previa se habrá de interponer ante el órgano que lo dictó en el plazo de los treinta días siguientes a la fecha en que se le hubiere notificado el acuerdo. 3. En el caso de no existir acuerdo o resolución inicial, el interesado podrá solicitar que se dicte por la entidad correspondiente, teniendo esta solicitud valor de reclamación previa. 4. En los dos supuestos anteriores, la entidad deberá contestar expresamente en los plazos reglamentariamente establecidos. En caso contrario, se entenderá denegada la petición por silencio administrativo. 5. La demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada la petición por silencio administrativo. 6. Las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social expedirán recibo de prestación o sellarán debidamente, con indicación de la fecha, las copias de las solicitudes y recursos que se dirijan en cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley. Este recibo o copia sellada deberá acompañar inexcusablemente a la demanda. Artículo 72. 1. En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma. 2. La parte demandada que no hubiera contestado a la reclamación previa no podrá fundar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo, si lo hubiere, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad. Artículo 73. La reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.



a sua demanda ao crivo do órgão extrajudicial de conciliação, um dispositivo que fizesse referência a postulações não apresentadas a esse órgão extrajudicial operaria no vazio, pois o que não foi oferecido a ajuste extrajudicial não poderia ser objeto de ação em juízo.

Os debates que se travaram no âmbito da jurisdição espanhola referiram-se, assim e o mais das vezes, à possibilidade de se exigir a submissão prévia da demanda ao órgão extrajudicial de conciliação sem que se ferisse o princípio da tutela judicial efetiva, ou seja, sem que se malferisse o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Como sucedeu no Brasil, a matéria foi levada à apreciação do tribunal competente para dar a última palavra em assuntos afetos à interpretação constitucional, sendo diferentes as deliberações levadas a efeito pelos dois tribunais.

Ilustrativamente, pode-se citar decisão na qual, tratando todavia sobre a necessidade de serem válidas e eficazes as notificações dirigidas aos trabalhadores e empresários submetidos à mediação pelo órgão extrajudicial, o Tribunal Constitucional da Espanha mostrou-se receptivo à regra de que não se pode propor ação trabalhista sem cumprir-se a etapa prévia da conciliação, ao afirmar: “el hecho de que la conciliación sea un acto prévio ao proceso, y preparatório, que se desarrolla ante um órgão no jurisdiccional, no es óbice para que el mismo sea considerado presupuesto obligatorio y condicionante de la decisión del proceso laboral” (STC 1/83<sup>(47)</sup>).

No Brasil a compreensão foi diferente. Em sentido oposto ao do Tribunal Constitucional da Espanha, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 13 de maio de 2009 e ao julgar as

ações diretas de inconstitucionalidade que versavam sobre o tema (ADI n. 2.139-MC/DF e ADI n. 2.160-MC/DF), que “a Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo”. Em síntese, vedou-se a interpretação do art. 625-D da CLT que fazia imprescindível a submissão da demanda individual à comissão de conciliação prévia.

Ocorresse o mesmo na Espanha e se teria por inteiramente desfigurada a exigência legal de conciliação prévia. No Brasil, há, porém, um dispositivo que fez ressurgir o debate, agora sob outra perspectiva. É que o parágrafo único do art. 625-E da CLT dispõe: “O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas”. Eficácia liberatória geral a significar a desoneração do empregador em relação a todo o contrato, independentemente das parcelas quitadas junto à comissão de conciliação prévia.

Houve um primeiro momento em que parte da jurisprudência trabalhista dimensionou a eficácia liberatória de modo mais restrito, ou seja, haveria a eficácia liberatória segundo o que se houvesse demandado perante a CCP, pois o art. 625-D refere-se a uma demanda de pleitos específicos a ser apreciada pela comissão. E houve também órgãos judiciais que reconheceram a desoneração do empregador apenas no atinente às parcelas e valores expressamente mencionados no termo de conciliação, dado que assim a jurisprudência tradicionalmente se posicionou acerca dos recibos de quitação de verbas trabalhistas<sup>(48)</sup>.

Essa vertente jurisprudencial que negava a eficácia liberatória em relação a todo o contrato fundava-se, o mais das vezes, na percepção de que se versa sobre direitos indisponíveis (a)

(47) Disponível em: <[http://books.google.es/books?id=LAMwLxqFWD0C&pg=PA536&lpg=PA536&dq=tribunal+conciliacion+laboral+fuerza+ejecutiva&source=bl&ots=QluTnXZnOt&sig=A9p4fe6q\\_SFQ003OAHy7Y5RgfIE&hl=pt-BR&ei=\\_eIDTfzTGMP68AbvqLTgDg&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDAQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.es/books?id=LAMwLxqFWD0C&pg=PA536&lpg=PA536&dq=tribunal+conciliacion+laboral+fuerza+ejecutiva&source=bl&ots=QluTnXZnOt&sig=A9p4fe6q_SFQ003OAHy7Y5RgfIE&hl=pt-BR&ei=_eIDTfzTGMP68AbvqLTgDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDAQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false)>.

(48) Ver, a propósito, a Súmula n. 330 do TST.



submetidos à apreciação por membros de uma comissão que não estavam investidos das prerrogativas inerentes à judicatura, que lhe asseguram, mais além do conhecimento dogmático, independência funcional (b).

O receio de assistir à atuação de comissões despreparadas ou tendenciosas homologando termos de conciliação com eficácia liberatória de todo o contrato, de modo a inibir a propositura de ação judicial, resultava da observação do que ordinariamente ocorria em vários pedaços e momentos da realidade brasileira.

A criação de comissões inidôneas provocou não apenas uma atenção maior do Ministério do Trabalho e Emprego no cadastramento e validação dos atos das comissões<sup>(49)</sup>, mas

também o reconhecimento judicial de atuações fraudulentas, ou seja, empregador que “ter-se-ia utilizado do instituto conciliatório previsto no art. 625-D para, a um só tempo, efetuar o pagamento das verbas devidas com a homologação da rescisão do empregado e obter a quitação geral em relação ao extinto contrato de trabalho, em flagrante fraude ao sistema conciliatório previsto na CLT, sendo nulo o Termo de Conciliação invocado pela reclamada, à luz do art. 9º da CLT”<sup>(50)</sup>.

rescisórias, implica a imposição da penalidade administrativa prevista no § 8º, do art. 477, da CLT, independentemente do acordo que vier a ser firmado. Ref.: art. 477, §§ 6º e 8º, e art. 625-D, § 1º, da CLT. EMENTA N. 34 – COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA – CCP E NÚCLEO INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO TRABALHISTA – NINTER. FGTS. Não produz efeitos o acordo firmado no âmbito de CCP e NINTER transacionando o pagamento diretamente ao empregado da contribuição do FGTS e da multa de quarenta por cento, prevista no § 1º, do art. 18, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, incidentes sobre os valores acordados ou devidos na duração do vínculo empregatício, dada a natureza jurídica de ordem pública da legislação respectiva. Ref.: arts. 18 e 23 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990; arts. 625-A e 625-H da CLT.

(49) A Portaria n. 2, de 12 de julho de 2002, exige inclusive: “[...] Art. 4º Para fins estatísticos, a Comissão de Conciliação Prévia, seja qual for a modalidade de sua constituição, comunicará a sua instalação e funcionamento ao órgão regional do Ministério do Trabalho e Emprego. § 1º A comunicação conterá informação sobre a constituição da Comissão de Conciliação Prévia, início das atividades, finalidade, composição e o local de funcionamento.” Sobre a validade dos atos da CCP, disciplina, para efeito de observância pelos auditores fiscais do trabalho, a Portaria n. 1, de 25 de maio de 2006: [...] EMENTA N. 32 – COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA – CCP E NÚCLEO INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO TRABALHISTA – NINTER. ASSISTÊNCIA AO EMPREGADO NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A Comissão de Conciliação Prévia – CCP e o Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista – NINTER não têm competência para a assistência e homologação de rescisão de contrato de trabalho de empregado com mais de um ano de serviço. O termo de conciliação celebrado no âmbito da CCP e NINTER possui natureza de título executivo extrajudicial, o qual não está sujeito à homologação prevista no art. 477 da CLT. Ref.: art. 477, § 1º e art. 625-E, parágrafo único, da CLT. EMENTA N. 33 – COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA – CCP E NÚCLEO INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO TRABALHISTA – NINTER. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO PARA PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. I – Os prazos para pagamento das verbas rescisórias são determinados pelo § 6º, do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho. II – A formalização de demanda, pelo empregado, nos termos do § 1º, do art. 625-D, da CLT, após os prazos acima referidos, em virtude da não quitação das verbas

(50) TST, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, TST-RR-1432/2005-064-01-00.4, j. 10.9.2008. Em igual sentido: AIRR-3046/2003-024-02-41.8 e RR 1297 1297/2002-057-02-00.0, além de decisões de tribunais regionais do trabalho (v. g. 00902-2007-087-03-00-7, TRT 3ª Região, 6ª Turma). No Rio de Janeiro, os magistrados trabalhistas reunidos no 1º Fórum de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, realização do TRT da 2ª Região e Escola Judicial do TRT 2, em dezembro de 2009, aprovaram o ENUNCIADO N. 18: ACORDO. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. FRAUDE. LIMITES DA EFICÁCIA LIBERATÓRIA. 1) Acordo firmado perante Comissão de Conciliação Prévia, por iniciativa do empregador, restrito ao pagamento de verbas rescisórias, traz em si o intuito de fraudar ou desvirtuar a lei (CLT, art. 9º). 2) Caracterizada a fraude, o “acordo” tem efeito apenas com relação ao valor recebido pelo trabalhador, que deverá ser deduzido de eventual condenação judicial imposta ao empregador. 3) Não se caracterizando a fraude, a eficácia liberatória prevista no parágrafo único, do art. 625-E, da CLT, incide tão somente sobre as parcelas e os valores discriminados no termo de conciliação, sem alcançar diferenças que porventura



O tema nos remete, uma vez derradeira, à experiência acumulada na Espanha, porquanto o Tribunal Supremo daquele país também esteve às voltas com a validade de *actos de conciliación* celebrados fora do âmbito judicial e acerca de direitos indisponíveis. Decidiu, então, que não havia a violação ao princípio da indisponibilidade porque se estaria operando em uma situação de incerteza, não se dando a renúncia a um direito trabalhista já adquirido<sup>(51)</sup>.

Em um necessário parêntese, caberia observar que os órgãos extrajudiciais de conciliação, na Espanha, somente podem ser órgãos administrativos<sup>(52)</sup> ou órgãos constituídos por

---

se verifiquem naquelas parcelas ou outros títulos decorrentes da relação de emprego (art. 320 do Código Civil). 4) O acordo firmado perante as Comissões de Conciliação Prévia deve discriminar a natureza e o valor de cada parcela paga ao empregado (aplicação analógica do art. 477, parágrafo segundo, da CLT e do entendimento pacificado na Súmula n. 330 do c. TST). 5) O acordo extrajudicial representa transação e por isso desafia interpretação restritiva (art. 843 do Código Civil).

- (51) "El art. 67 LPL prevé, expresamente, la posibilidad de impugnar el acuerdo alcanzado en el acto de conciliación. Dicha posibilidad se otorga a las partes y a quienes pudieran sufrir un perjuicio dimanante de lo acordado en la conciliación. En este sentido, cabe plantearse si a través del acuerdo alcanzado en la conciliación se produciría una vulneración del principio de indisponibilidad de los derechos laborales, que recoge el art. 3.5 ET. En realidad, el acuerdo o transacción entre la empresa y el trabajador no constituye en este caso una conculcación del art. 3.5 ET, ya que, la actuación dispositiva del trabajador no afecta a un derecho de readmisión uo reconocida, ni se traduce en la renuncia a un derecho ya adquirido, sino que opera sobre una situación de incertidumbre. A ello debe añadirse la conveniencia de fortalecer aquellos institutos como la conciliación, tendentes a evitar litigios y a favorecer la rápida y pacífica solución de conflictos individuales" (SSTS 4 feb. 1994 y 15 DIC. 1999).
- (52) Em sua origem, o serviço administrativo de conciliação era o Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), criado em 1979. Em 1985, transferiu-se essa competência às comunidades autônomas, que em boa parte preservaram a denominação, surgindo então as SMAC, UMAC, CMAC. Disponível em: <[http://books.google.es/books?id=LAMwLxqFWD0C&pg=PA536&lpg=PA536&dq=tribunal+conciliacion+laboral+fuerza+ejecutiva&source="](http://books.google.es/books?id=LAMwLxqFWD0C&pg=PA536&lpg=PA536&dq=tribunal+conciliacion+laboral+fuerza+ejecutiva&source=)

acordos interprofissionais, de elaboração tripartite, ou por normas coletivas (art. 63, ET). Por sua vez, a organização sindical já se desatrelou do antigo modelo de sindicato vertical, atendendo hoje a um sistema de representação, complexo embora, que prioriza a real representatividade das entidades sindicais.

Mas é fato que a Subseção I de Dissídios Individuais, do TST, por razões judiciosas, posicionou-se majoritariamente pela eficácia liberatória geral<sup>(53)</sup>, em uma clara demonstração de confiança na isenção das comissões de conciliação prévia já constituídas. Em rigor, os termos de conciliação sequer precisam informar se houve postulações específicas dos trabalhadores e sobre quais parcelas recaiu a quitação de haveres, bastando que sejam homologados para que se liberem os empregadores de todas as obrigações oriundas do contrato de trabalho.

---

bl&ots=QluTnXZnOt&sig=A9p4fe6q\_SFQ003OAHy7Y5RgflE&hl=pt-&ei=\_eIDTfzTGMP68AbvqL TgDg&sa=X&oi=book\_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDAQ6A EwBA#v=onepage&q&f=false>.

- (53) "COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE QUITAÇÃO. EFICÁCIA. Segundo o art. 625-E da CLT e a jurisprudência desta Corte, o termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento" (E-RR 137200-72.2008.5.01.0048 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 4.11.2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 12.11.2010). Em igual sentido: E-RR 16800-75.2004.5.09.0006 Data de Julgamento: 7.5.2009, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15.5.2009. E-RR 77500-71.2007.5.09.0245 Data de Julgamento: 18.6.2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26.6.2009. E-ED-RR 1500-11.2004.5.02.0025 Data de Julgamento: 10.12.2009, Redator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26.2.2010. E-ED-RR 34900-93.2004.5.05.0134 Data de Julgamento: 25.11.2010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 3.12.2010.



O TST nada inventou, pois apenas empres-  
to à lei a exegese que a sua literalidade recla-  
mava. Segundo a dicção legal, a ressalva de  
títulos ou valores pode liberar a parcela corres-  
pondente para uma posterior verificação no  
âmbito judicial, mas a ausência de ressalvas  
exonera amplamente o empregador, ainda que  
o empregado prove ter em mente alguma  
parcela específica ao assinar o termo de  
conciliação.

Há, portanto, uma significativa mudança  
de paradigmas ou modelos hermenêuticos,  
que poderá mesmo reduzir significativamente  
a pauta de audiências e sessões da Justiça do  
Trabalho, sem que se possa, à primeira vista,  
correlacionar esse fenômeno com a propor-  
cional redução da conflituosidade.

O direito de ação apresenta-se, nessa me-  
dida, francamente ameaçado. Decerto que aos  
sindicatos, às instituições e órgãos indispen-  
sáveis à administração da justiça, especial-  
mente o Ministério Público e a OAB, caberá a  
missão de não se permitir que se dissemine a  
atuação de comissões de conciliação prévia  
constituídas artificialmente, com o único  
objetivo de inibir o exercício do direito de ação  
trabalhista e assim menoscabar a fundamen-  
talidade dos direitos sociais de índole laboral,  
fundados no caráter inderrogável do princípio  
da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,  
da Constituição).

## Conclusões

O trabalhador possui receio de perder o  
emprego na hipótese de exercer o seu direito  
fundamental de ação, direito que lhe abriria  
portas para outros direitos fundamentais de  
índole social. A ação que serviria para solu-  
cionar o conflito somente pode ser eficaz-  
mente utilizada por aqueles que não mais  
vivenciam a relação conflituosa, desejando  
apenas alguma reparação – meramente  
pecuniária – em vista das lesões que supo-  
tamente sofreram.

Se o justificado medo do trabalhador é uma  
constante na experiência trabalhista, uma  
variável que realmente perturba a  
concretização do direito fundamental de ação,  
então as normas que contemplam esse direito  
ou regulam as entidades jurídicas que lhe são  
afetas devem ser interpretadas a partir dessa  
compreensão, sob pena de diluir-se a sua  
fundamentalidade.

Podemos afirmar que a *coletivização das  
demandas* e a *garantia de indenidade* são  
vetores que conduzem ao aperfeiçoamento da  
ação trabalhista, enquanto a *prescrição* e os  
*métodos excludentes de solução extrajudicial do  
conflito* apresentam-se como vetores  
negativos, que operam como mecanismos de  
frenagem à plena realização, pela via judicial,  
dos direitos sociais.

## Referências bibliográficas

- ALVES, José Carlos Moreira. *O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>.
- ASENSIO, R. Jiménez. *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. Aracaju: Evocati, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DAVID, René. *O direito inglês – 1987*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.
- FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- FREGALE, Roberto. O papel do juiz na sociedade globalizada. In: *Revista Anamatra*, Brasília: Oliveiros Marques, n. 36, p. 47, maio 1999.



LIMA, Firmino Alves. Solução dos conflitos trabalhistas pela arbitragem nos EUA. In: *Revista Trabalho & Processo*, São Paulo: Saraiva, n. 6, p. 76, set. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson\\_rodrigues\\_netto](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson_rodrigues_netto).

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. A arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. In: *Curso de direito coletivo de trabalho* – estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.





# Despedir sem fundamentar é um direito do empregador?<sup>(\*\*)</sup>

Noemia Porto<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ Permanece como desafio ao constitucionalismo moderno o problema da efetividade dos direitos fundamentais, bem como o debate sobre a maneira pela qual os atores privados estão vinculados, em suas relações, aos direitos fundamentais. Nesse campo surge a possibilidade de aplicação do direito ao devido processo legal quando o assunto é dispensa imotivada dos trabalhadores. Há um papel deontológico das garantias fundamentais presentes no Texto Constitucional que precisa ser reconhecido, inclusive para se rechaçar a tentativa de justificar o uso da constituição contra si mesma. Este uso, na questão da despedida arbitrária ou sem justa causa, aparece nos argumentos jurídicos articulados no sentido de que tal garantia dependeria, para sua eficácia ampla e plena, da edição de lei complementar referida no inc. I do art. 7º da Carta de 1988. Independente das discussões relativas à ratificação da Convenção n. 158 da OIT, o que se propugna é a aplicabilidade integral e consistente daquilo que o art. 7º, I, da Constituição, traduz como princípio normativo, notadamente quanto à proteção à pessoa que trabalha e às possibilidades que devem ser construídas acerca da melhoria da sua condição social.

## Abstract

- ▶ Remains a challenge to modern constitutionalism the problem of the effectiveness of fundamental rights, and also the debate about the way in which private actors are bound in their relations to fundamental rights. This subject opens the possibility of application of the right to due process in the matter of unmotivated dispensing of workers. There is a deontological ethics realized by the fundamental guarantees in the Constitution that needs to be recognized, even to reject the attempt to justify the use of the constitution against itself. This usage, the question of arbitrary dismissal or without cause, appears in the legal arguments articulated in the sense that such a guarantee would depend, for its effectiveness broad and full, of the issue of supplementary law referred to in art. 7º, I, of the Constitution of 1988. Regardless of the discussions on the ratification of ILO Convention 158, which calls for is the full and consistent applicability of what the art. 7º, I, of the Constitution, translates as normative principle, particularly regarding the protection of person who works and the possibilities that must be built on the improvement of their social status.

## Palavras-chaves

- ▶ Direitos fundamentais – desemprego – aplicação horizontal – despedida imotivada – Convenção n. 158 da OIT.

(\*) Juíza do Trabalho (TRT/10ª Região), Presidenta da Amatra-10, especialista em Direito Constitucional pela UnB, mestre e doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela mesma universidade.

(\*\*) Este artigo foi produzido na disciplina Direito Material e Processual do Trabalho oferecido pela Professora Doutora Gabriela Neves Delgado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB) no primeiro semestre de 2011.





## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Desemprego: assimetria nas relações contratuais trabalhistas
- ▶ 2. Aplicação horizontal dos direitos fundamentais e o devido processo legal no tema das despedidas
- ▶ 3. A Constituição de 1988 e a não recepção da “denúncia vazia” dos contratos de emprego.
- ▶ Referências bibliográficas

### 1. Desemprego: assimetria nas relações contratuais trabalhistas

O constitucionalismo moderno exige três requisitos indispensáveis e cumulativos: governo limitado, aderência às regras de direito (Estado de Direito) e a proteção aos direitos fundamentais. Entendido o constitucionalismo como um processo, e não como um dado presente num texto que se define como tal, o problema da efetividade dos direitos fundamentais permanece como desafio. Enfaticamente, a densificação formal-jurídica da liberdade e da igualdade estão no horizonte presente e no futuro das Constituições.

Refletindo sobre os direitos humanos dos trabalhadores, é possível afirmar que a mercantilização do trabalho não ficou superada pela declaração constante no Tratado de Versalhes de 1919. Ao contrário, talvez a declaração de que o trabalho não é uma simples mercadoria ou artigo de comércio justamente revele que seja esta a equivalência que persiste nas diversas maneiras que vão conferindo forma ao capitalismo na contemporaneidade. Não se nega a relação histórica tencionada entre trabalho e liberdade.

Segundo Rosa & Marcellino (2009, p. 186), impulsionados pela racionalidade evolucionista que realoca o posicionamento de centralidade do econômico do imaginário coletivo, entificado através do mito Mercado, e que se estabelece a ação eficiente como novo parâmetro ético ao Direito e à própria sociedade, os Direitos Fundamentais vão, gradativamente, perdendo sua força compromissária e de concretude.

O problema que se apresenta, portanto, é o da centralidade do econômico no imaginário coletivo.

Nesse contexto, o tempo presente é o dos fracos vínculos com o mercado de trabalho, que fragilizam a própria proteção social devida aos trabalhadores. O “curto-circuito” por eles vivenciado ocorre, dentre outras razões, pela ameaça que o desemprego representa. “O maior problema social da atualidade é, inegavelmente, o desemprego” (MAIOR, 2004, p. 1).

Nas palavras de Márcio Túlio Viana,

Desde que as dispensas se tornaram legalmente mais fáceis, economicamente menos custosas e estrategicamente interessantes, o empregador se tornou – para citar Vilhena – “o detentor do contrato”. Embora menos visíveis – ou talvez também por isso – as relações de poder foram se fazendo cada vez mais assimétricas. E o fenômeno se agravou com a crise do emprego (2007, p. 236).

Há, sem dúvida, aumento do poder patronal em razão da instabilidade no emprego. Essa assimetria e o controle dos trabalhadores pela política do medo, medo sobretudo de serem lançados à situação de desemprego, remetem à discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.<sup>(1)</sup> As questões relativas ao tema da estabilidade e garantias de emprego envolvem

(1) Não é demasiado afirmar que o chamado desemprego estrutural não é acidental – é uma forma de estratégia. A manutenção de algum nível de desemprego é necessária para intimidar os trabalhadores, já que a ameaça correspondente enfraquece a possibilidade de reivindicações, sejam individuais, sejam coletivas.





pensar sobre a vinculação e o alcance dos princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, e, ainda, acerca do sentido concreto que a busca pelo pleno emprego, enquanto princípio geral que rege a atividade econômica, necessita adquirir (art. 170, VIII, da Constituição de 1988).

Acerca dos efeitos do desemprego, afirma Márcio Túlio Viana:

Nesse mundo de incertezas, um dos piores riscos é o desemprego. Além de tirar o pão da família operária, ele inviabiliza sonhos, suprime identidades, produz doenças e reduz a autoestima. Ao mesmo tempo, abre novos espaços para o poder diretivo e para a acumulação de capital, tornando-se também estratégico (2007, p. 235).

Os desempregados e os trabalhadores destituídos de estabilidade não são passíveis de mobilização, não havendo para eles garantias mínimas de segurança, as quais são condição para a luta por mudanças em função do futuro esperado (BOURDIEU, 1998, p. 121-122).

Como uma parte das relações de trabalho está condicionada na importante figura jurídica do contrato de emprego, a concretização dos direitos fundamentais demanda sua aplicação também às relações privadas. É o que se denomina de eficácia horizontal.

O tema da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, e especificamente dos trabalhistas, torna pertinente trazer à luz uma dicotomia insistente no sistema do direito, vale dizer, aquela entre público e privado.

Nesse ponto, é preciso destacar que a maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais confere interpretação ao art. 7º da Constituição de 1988 como sendo dependente da fórmula jurídica clássica do contrato de emprego, previsto nos arts. 2º e 3º da CLT, para a incidência das previsões protetivas ali constantes. Portanto, não se nega a relevância do evento “contrato” para o sistema de proteção traba-

lhista, ainda que se deva continuar questionando, de forma crítica e persistente, sobre esta limitação estabelecida para o art. 7º. Afinal de contas, a Constituição de 1988 parece apontar para um sentido amplo e universal dos direitos humanos, e igualmente para os direitos humanos na questão do trabalho. Por isso, a atuação concentrada do direito do trabalho na ideia de contrato pode representar um problema para a efetividade ampla da Constituição.

De todo modo, ainda que seja desejável e urgente que se reflita criticamente sobre a expansão dos direitos versados no referido art. 7º da Constituição de 1988, para além da categoria dos trabalhadores empregados, o presente artigo se propõe à investigação de como garantir, de forma efetiva, proteção aos que protagonizam este importante evento trabalhista em face da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

De fato, o tema do contrato remete, necessariamente, ao da liberdade contratual, seus limites e possibilidades. Aliada ao tema trabalho, surge a indagação sobre a dimensão da liberdade dos protagonistas de um contrato de emprego. Ela equivale à liberdade contratual dos liberais do século XVIII? Ou, ao contrário, as dimensões constitucionais posteriores implicaram e implicam num repensar sobre o alcance e o significado dessa liberdade.

Justamente diante dos dilemas que envolvem a liberdade para transacionar com a força de trabalho, é importante mencionar que a partir do século XVIII ganhou, para o Direito, contornos privilegiados a figura do contrato. Mais especificamente, a força vinculativa dos contratos, como causa do surgimento de obrigações, alcançou evidente protagonismo jurídico.

A concepção, possível a partir da superação dos ideais do Direito Natural e do Direito da Razão, de que todo Direito é Direito Positivo, foi expressiva do que se pode chamar de um sistema jurídico autoconstituente. O respaldo organizacional a esse sistema, segundo





Luhmann (1990, p. 151), residia na diferenciação entre legislação e jurisdição. Um sistema autoconstituente assentado em tal diferença acarretou consequências, e dentre elas o autor destaca a seguinte: “concede-se gradativamente também à vontade ‘privada’ um poder de disposição cada vez maior sobre o símbolo ‘vigência do Direito’, e isso na forma de uma liberdade contratual isenta de toda e qualquer coação de tipos” (1990, p. 153).

Todavia, os tribunais reconheciam, e ainda reconhecem, a vontade das partes contratantes como objeto de sua interpretação, ainda que para procurar preservá-la naquilo que consideram ser sua expressão mais autêntica, de maneira que, como pôde constatar Luhmann (1990, p. 154), o privado permaneceu sendo um conceito jurídico controlado no sistema jurídico.

É certo, no entanto, que a doutrina da liberdade contratual, ou da necessidade de preservação *autêntica* de sua expressão, inclusive pelos tribunais, revelou pontos vulneráveis no âmbito do Direito do Trabalho e, depois, no que poderia se considerar mais amplo, no Direito Social (LUHMANN, 1990, p. 154).

De toda forma, Luhmann (1990, p. 158) reconhece como um dos elementos que não recebeu suficiente tratamento, e que revela fraquezas na descrição teórica da distinção entre legislação e jurisprudência, a tolerância da criação privada do Direito vigente por meio dos contratos.

O contrato, com o condicionamento nele das relações de trabalho, detinha a marca característica da igualdade formal como pressuposto da liberdade, sobressaindo, ainda, a afirmação da autonomia individual. Indivíduos presumidamente iguais transacionavam livremente sobre a prestação de serviços, e, portanto, toda a regulamentação do trabalho foi inicialmente construída com suporte no contrato.

Todavia, a fase atual é marcada pela constitucionalização do direito, onde os valores, os fins e os princípios consagrados no Texto

Constitucional servem de parâmetro para a validade de todas as normas jurídicas infraconstitucionais.<sup>(2)</sup> Nesse contexto, é certo que as constituições contemporâneas trazem novo desafio ao constitucionalismo: transpor-se a era da enunciação de princípios para a época da disciplina satisfatória de direitos acionáveis (BONAVIDES, 2000, p. 207).

Bonavides prossegue enfático quanto ao significado da universalização dos direitos fundamentais:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade (2000, p. 526).

Há uma passagem, portanto, da afirmação, em alto grau, da autonomia individual para a fase atual, marcada pela constitucionalização do direito combinado com a expectativa de sua concretização. Pode-se considerar uma era, enfim, que consagra a força normativa da constituição. Neste cenário, é possível considerar a prevalência de uma liberdade contratual trabalhista que possa se ambientar fora ou para além ou a despeito da Constituição?

Não há dúvida de que a Constituição de 1988 representa etapa importante na consolidação dos direitos trabalhistas como direitos sociais fundamentais. Essa consolidação se expressa, por exemplo, quando, ao contrário dos textos anteriores, há inserção do tema no Título destinado aos Direitos Fundamentais, não mais se vinculando à Ordem Econômica

(2) Com o modelo predecessor do Estado do Bem-Estar Social, de que é representante histórica a Constituição de Weimar na Alemanha e os Textos brasileiros de 1934 e 1937, as constituições se viram invadidas pelo alto teor de programaticidade, havendo, por isso, dissolução do teor jurídico construído pelos positivistas do constitucionalismo liberal (BONAVIDES, 2000, p. 207).



e Financeira. Neste contexto democrático, o trabalho não deve ser tratado como mero evento econômico, mas como expressão da liberdade e do exercício de um direito.

Então, é necessário indagar: desde o advento da Constituição de 1988 que curso tem sido dado aos direitos trabalhistas? Ocorre a sua afirmação como direitos fundamentais ou a sua “civilização”/privatização? Há uma “criação privada do direito” no campo das relações empregatícias que possa ser considerada infensa ao controle constitucional?

No tema relativo à aplicação horizontal dos direitos fundamentais, parece, ao menos no plano teórico, não remanescerem resistências, que possam ser consideradas consistentes e fundadas, à ideia de que os direitos individuais também irradiam efeitos para as relações particulares, incluindo as trabalhistas. Todavia, o que se nota é a permanência do debate sobre de que maneira, e com qual intensidade, isso deve ocorrer, isto é, na vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, incluindo os trabalhistas.

Com esse pano de fundo, pretende-se, então, examinar de que maneira é possível aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares no que diz respeito ao problema das despedidas. Até que ponto essa perspectiva horizontal dos direitos fundamentais pode recolocar a questão das rescisões contratuais de iniciativa do empregador?

## 2. Aplicação horizontal dos direitos fundamentais e o devido processo legal no tema das despedidas

Para Bourdieu (1998, p. 122), num contexto de desemprego, “a concorrência pelo trabalho é acompanhada de uma concorrência no trabalho, que é ainda uma forma de concorrência pelo trabalho, que é preciso conservar, custe o que custar, contra a chantagem da demissão”.

Quanto ao tema da despedida, no Brasil ainda prevalece a possibilidade de demissão patronal sem necessidade de motivação consistente, a não ser na hipótese de justa causa do empregado. É a chamada “denúncia vazia”, fundada numa visão privatística sobre o contrato.

Sobre a importante incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, surge a possibilidade de aplicação da cláusula do devido processo legal, com os desígnios da ampla defesa e do contraditório, quando o assunto é a dispensa imotivada e desfundamentada dos trabalhadores.

A cláusula do devido processo é utilizada com o sentido de que *ninguém pode ser privado de seus bens ou direitos, sem o devido processo jurídico*. De fato, há se entender o direito ao devido processo jurídico no seu sentido substancial, para além, portanto, do ambiente judicial.<sup>(3)</sup>

O STF, quando começou a dar corpo nos últimos anos à aplicação direta e horizontal dos direitos fundamentais conseguiu, mesmo numa relação privada, definir a necessidade de observância à cláusula do devido processo legal substancial.

No caso, através de decisão proferida em sede de recurso extraordinário, foi mantida decisão que determinava a reintegração de associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores (UBC), justamente em razão da violação do direito de defesa. Ao associado não havia sido conferida oportunidade de refutar o ato que resultou em

(3) Fábio Konder Comparato refere à vigência da 14ª Emenda à Constituição Americana, invocada em diversos precedentes da Suprema Corte, e que foi adquirindo, ao longo do tempo, um sentido substancial, ou seja, fora do processo judicial, sendo certo, ainda, que a tradução “devido processo legal”, que se encontra no art. 5º, LIV da nossa Constituição, é errada. *Law*, na fórmula inglesa, é direito e não lei. Aliás, seria absurdo que uma norma sobre a constitucionalidade de leis pudesse adotar como parâmetro de julgamento a própria legislação (2001, p. 13).



sua punição, com exclusão dos quadros da sociedade. Para o Supremo Tribunal Federal, foi violado o direito individual de defesa, sendo certa a hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Há se notar que o caso se tornou paradigmático porque era esperado que o tribunal, na esteira da postura interpretativa que até então adotava, compreendesse que a retirada de um sócio de entidade privada deveria ser solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, não sendo cabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa (RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005, DJ de 27.10.2006).<sup>(4)</sup>

Fazendo um paralelo com essa importante decisão do STF, haveria se indagar sobre a relação entre a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e os limites ao poder potestativo do empregador que, de certa forma, implica na exclusão do trabalhador dos quadros da empresa sem exercício do direito de defesa, até porque não lhe é dado conhecer os motivos que o conduzem à situação de desemprego.

Os casos Embraer (4.200 empregados dispensados)<sup>(5)</sup> e Usiminas (1.500 empregados

dispensados)<sup>(6)</sup> deram visibilidade a um tema que parece não avançar na doutrina e/ou na

SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS e o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROSPACIAL, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROSPACIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDIAEROSPACIAL, o TST, com votação por maioria, conseguiu construir importante *premissa para os casos futuros* (Processo TST-RODC n. 309/2009-000-15-00.4, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, julgado em 10 de agosto de 2009). O seguinte trecho da ementa bem expressa tal premissa: “as dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’”. No caso concreto julgado, porém, *não prevaleceu a tese de abusividade das dispensas*.

- (4) Consta na primeira parte da ementa desse importante precedente, o seguinte: “EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados” (Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246\\_Caso%20UBC%20-%20RE\\_201819.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246_Caso%20UBC%20-%20RE_201819.pdf)> Acesso em: abr. 2011).
- (5) O “caso Embraer” teve boa cobertura da mídia, que acompanhou o processo de construção da difícil decisão pelos tribunais, ora concessiva do pleito dos trabalhadores e ora obstativa. Finalmente, em sede de recurso em dissídio coletivo de natureza jurídica, em que figuraram como partes a EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. – EMBRAER, o

- (6) No caso da Usiminas, o número de demissões foi computado considerando a dispensa também dos terceirizados. À época, em abril de 2009, o presidente da companhia anunciou seu inconformismo com a liminar concedida pelo TRT mineiro que suspendeu as demissões porquanto não antecedidas de negociação coletiva. Conforme divulgado na mídia eletrônica, representante da siderúrgica argumentava que a decisão deveria ser revista para ser “colocada no contexto da realidade e não da especulação”, sendo certa a necessidade de “adequação dos quadros à nova realidade econômica”, até porque “não se cria emprego por decisão judicial”. Há na defesa da siderúrgica a tentativa de que o Direito do Trabalho pudesse ser regido pela lógica e pelos imperativos da economia (Disponível em: <[http://www.new.divirta-se.uai.com.br/html/sessao\\_28/2009/04/02/ficha\\_ciclopales tras/id\\_sessao=28&id\\_noticia=9549/ficha\\_ciclopales tras.shtml](http://www.new.divirta-se.uai.com.br/html/sessao_28/2009/04/02/ficha_ciclopales tras/id_sessao=28&id_noticia=9549/ficha_ciclopales tras.shtml)> Acesso em: abr. 2011).



jurisprudência brasileira e pertinente às demissões coletivas. Há requisitos para a realização de dispensas em massa? Em caso positivo, quais são eles? Nesse particular, haveria um direito do coletivo de trabalhadores a que houvesse pelo menos prévia tentativa de negociação da empresa com o sindicato? Por outro lado, que pretensões seriam (ou são) protegidas pelos direitos fundamentais, numa perspectiva horizontal, em matéria de demissões coletivas?

Sobre o fenômeno alerta Jorge Luiz Souto Maior:

O Estado brasileiro é um Estado democrático de direito e seu objetivo primordial é promover a justiça social e o bem-estar de todos. A dispensa coletiva de trabalhadores, sem qualquer motivação ou comprovação de boa-fé dos motivos alegados, muitas vezes baseada em balanços fraudulentos, não correspondendo, pois, a uma necessidade econômica e não se efetivando com uma necessária ampla discussão prévia entre os seus interlocutores diretos, da qual participem as instituições públicas locais e nacionais, demonstra-se, flagrantemente, como simples e torpe pressão de natureza econômica, uma represália do econômico sobre o social. (2004, p. 17).<sup>(7)</sup>

Não se questiona a relevância social das chamadas demissões em massa, justamente pelas repercussões no coletivo dos trabalhadores que são lançados, simultaneamente, a uma situação de desemprego sob o argumento de ajustes estruturais impostos pela ordem ou pelas adversidades econômicas.

Todavia, a questão da exacerbação da liberdade contratual na atuação do empregador, que dispensa sem motivação, está presente tanto nas demissões em massa quanto na prática cotidiana das empresas de romperem

(7) O mesmo autor sugere que a Convenção n. 158 da OIT poderia servir de parâmetro para os casos de demissão coletiva.

o contrato com os trabalhadores individuais sem necessidade de apresentarem qualquer justificativa.

Nessas hipóteses, e mais especificamente nas demissões em massa, uma postura dos tribunais que aponta no sentido de uma aplicação normativa e vinculante dos princípios constitucionais é atacada com a “pecha” de “judicialização excessiva”, isso porque, segundo o argumento corrente, não há legislação no país que possa impedir as empresas de efetuarem demissões coletivas.<sup>(8)</sup> Na esteira de Dworkin, “os argumentos de princípio são baseados em direitos” e, portanto, princípios exprimem normativamente direitos (2005, introdução, IX).

Ora, é importante, em se tratando de direitos fundamentais, investigar quais vínculos institucionais são estabelecidos pelos tribunais, enquanto importantes centros de decisão do sistema do direito.

Os textos em geral, e o texto jurídico em particular, não possuem um conteúdo *a priori*, natural; não são um dado mas um construto.

(8) É elucidativa desta mentalidade a manifestação, à época, do então Ministro Presidente do TST, Moura França, antes do julgamento final do “caso Embraer”: “o ministro ressalta que, em pleno regime democrático e de direito, a observância fiel ao regime constitucional e legal é garantia de todos. ‘Independentemente de crises, por mais graves que sejam, é fundamental que todos, sem exceção, submetam-se à normatização vigente, sob pena de fragilização dos direitos e garantias individuais e coletivos que a ordem jurídica constitucional procura proteger’. Neste sentido, cabe à Justiça do Trabalho, dentro da sua competência, exigir, primordialmente, o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas. ‘Assim, revela-se estranho à sua destinação constitucional impor, ao arrepio dessa mesma normatização vigente, obrigações outras, sob pena de criar insegurança e instabilidade jurídica àqueles que praticam atos e realizam negócios numa sociedade legitimamente organizada’, afirma. ‘As dispensas foram alicerçadas em comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica, que recebe, igualmente, proteção na ordem constitucional e legal do País’”. Retirado do site do TST, na parte de divulgação das notícias, de 13.4.2009.



Finalizados pelo autor, os textos entram no círculo hermenêutico.

Mesmo no caso dos direitos fundamentais, embora não se possa considerar amplitude que comporte uma linguagem arbitrária sobre seu conteúdo, abrem espaço de contingência completamente indeterminado e requerem decisões construídas através de procedimentos.

A contingência, abertura para o futuro e construção mediante procedimentos autorizariam, conforme indaga Comparato, que as normas que contenham *standards*, ou conceitos jurídicos indeterminados, reintroduzam no direito moderno a arbitrariedade decisória, típica da era pré-constitucional? (2001, p. 13). Parece que não.

Exatamente por isso, os vínculos concretos da Constituição são sobretudo vínculos organizacionais (CORSI, 2001, p. 177), o que faz destacável, e permanentemente investigável, o compromisso, ou não, dos tribunais com os valores homogeneizados como direitos fundamentais.

Seguindo na investigação sobre o papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, afirma Comparato:

O que elas fazem é atribuir ao Judiciário a delicada e importante função de julgar, de acordo com os grandes parâmetros de moralidade e justiça, estabelecidos pela consciência ética coletiva, e expressos no sistema vigente de direitos humanos. A arbitrariedade supõe o subjetivismo de julgamento, a fixação da vontade própria do julgador como critério supremo de decisão. Mas os direitos humanos, sobretudo aqueles já positivados no ordenamento interno ou internacional, denominados direitos fundamentais, constituem parâmetros objetivos de apreciação, que se impõem ao juiz, ainda quando contrariem a visão pessoal que este tenha do mundo, ou o interesse próprio da classe social a que ele se acha ligado, sociologicamente. (2001, p. 13).

Ainda sobre isso, é necessária uma outra nota sobre o papel dos tribunais, colocando à prova uma teoria constitucional restrita ao âmbito da neutralidade política.

Se por um lado o “excesso” de Judiciário pode representar um enorme problema para a democracia, que pressupõe uma divisão funcional, mesmo que de tencionamentos, entre direito e política e entre jurisdição e legislação, por outro, o “silêncio” do Judiciário nas questões que reclamam a efetividade dos direitos fundamentais, com toda a complexidade que eles representam, também pode comprometer seriamente a normatividade da Constituição. Nesse contexto, uma judicialização da política dos direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais, é essencial porque tais direitos são requisitos para a conformação de um contexto democrático.<sup>(9)</sup> Não se trata de uma judicialização generalizada da política ou da defesa de uma hegemonia do Judiciário, mas, sim, de dar curso a uma teoria da constituição que considere a sério as reivindicações pela efetiva observância das condições para a cooperação democrática ou, em outras palavras,

(9) Dworkin esclarece que a democracia “não oferece um argumento a favor da concepção da prestação jurisdicional centrada no repertório legal” e afirma que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos” (2005, p. 25 e 27). Questões de direitos são questões de princípios, e não apenas de aplicação do repertório legal. Nesse sentido, questões de direitos são questões para os tribunais. Se por um lado o autor adverte que a transferência de todo o poder político para os juízes acarretaria a destruição da democracia e da igualdade do poder político (2005, p. 30), por outro, ressalta que as imperfeições do caráter igualitário da democracia, que são bem conhecidas, apontam no sentido de que a questão dos direitos entregue aos tribunais possibilita uma atuação contramajoritária. De fato, “devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional” (2005, p. 31). Quanto às imperfeições do caráter igualitário, Dworkin afirma que “o poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere e muitos cidadãos são destituídos de privilégios” (2005, p. 31).



a judicialização da política dos direitos fundamentais.<sup>(10)</sup>

Desse modo, é possível considerar que a aplicação de princípios constitucionais equivale à ausência de fundamentação legal? Afinal, o que significa segurança jurídica no Estado Democrático de Direito?

Especialmente no “caso Embraer” tentou-se difundir o argumento de que a decisão judicial que exigisse a prévia negociação sindical feriria o preceito da legalidade constitucional (art. 5º, II, da Constituição). Nota-se, nesta perspectiva, a confusão comumente difundida entre legalidade e existência de uma lei que explicitamente fale sobre determinado assunto. Legalidade, no entanto, não equivale necessariamente à edição de lei. Há a normatividade dos princípios que não pode ser negada, antes deve ser valorizada em termos constitucionais.<sup>(11)</sup> Além disso, confundindo-se novamente atividade legislativa ou a existência de regras supostamente “claras” com o primado da segurança jurídica, ignora-se, no campo da integridade, a demanda pela concretização, continuada e problematizante, dos direitos homogeneizados como fundamentais.

Na temática dos direitos fundamentais de conteúdo trabalhista, talvez o que sobressaia seja justamente o contrário de uma postura ativa judiciária, senão que um pragmatismo decisório que coloca em risco uma perspectiva de integridade própria a um sistema que enlaça sua coerência na normatividade dos princípios.

Soma-se à ausência de uma semântica de reafirmação, como direitos fundamentais, das garantias mínimas constitucionalmente dadas ao trabalhador, a persistência de uma semântica afirmadora da demissão imotivada como direito potestativo da parte contratante.

(10) A construção deste raciocínio teve como ponto de partida as reflexões de Souza Neto, 2006, p. 126.

(11) Especificamente em Dworkin adquire relevância e centralidade o “fórum do princípio”, justamente no sentido da sua normatividade (2005).

Ainda segundo Márcio Túlio Viana:

Hoje, como tudo o mais que nos cerca, o Direito do Trabalho se deixa contaminar pelo cambiante e pelo heterogêneo. Mesmo mantendo formalmente a maior parte das antigas regras, já não as valoriza como antes, não as aplica no mesmo grau, e – o que é pior – não as percebe por inteiro; não as enfeixa nas mãos, como se faz com um ramalhete. Em outras palavras, as regras começam a se soltar dos princípios, o que significa que o Direito se faz cada vez menos sistema e por isso menos Direito. Tal como o próprio trabalhador, a norma vai perdendo a sua identidade; olha-se no espelho e já não se reconhece, ou não reconhece as outras de sua *classe*. É fugaz, precária, instável, pragmática. Mesmo onde parece não ter mudado, a CLT já mudou muito. Pouco a pouco, enche-se de porosidades, desvios, vazamentos. E é nesses *buracos negros* que vai entrando a vontade formal das partes, que outra coisa não é, em geral, senão a vontade real de uma delas. (2007, p. 241)

No tema do desemprego, há uma exigência permanente do sistema da economia por trabalhadores flexíveis, inclusive no sentido de facilidade de adaptação aos novos modos de produção e aos desafios das empresas competitivas do presente. Desse modo, o desemprego é situação normalmente atribuível à culpa do trabalhador que não soube ou não pôde atender às exigências (altas e mutantes) de qualificação. Há, nesse sentido, uma naturalização da exclusão social.<sup>(12)</sup>

Os direitos fundamentais tem um papel importante exatamente ao servirem de “barreiras de fogo” contra esse tipo de natura-

(12) “Assim, se um trabalhador não consegue emprego, ou se é despedido, a culpa passa a ser dele, que não soube mudar, atualizar-se, inventar soluções, aderir ao projeto, pensar em equipe, relacionar-se. Em outras palavras, não foi suficientemente *empresário* para se tornar *empregável*” (VIANA, 2007, p. 240).





lização. É nesse sentido que eles permitem questionar se o direito ao devido processo legal não seria aplicável também ao campo das relações individuais e, mais especificamente, ao da problemática das despedidas imotivadas. Ora, não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito – como será aprofundado a seguir – uma concepção do contrato de trabalho que submeta uma das partes, o empregado, ao puro arbítrio da outra, o empregador. São os próprios direitos fundamentais que impedem essa compreensão do contrato.<sup>(13)</sup>

### 3. A Constituição de 1988 e a não recepção da “denúncia vazia” dos contratos de emprego

Na dimensão democrática de direito é imprescindível, para o contexto adequado de eficácia das normas constitucionais, a normatividade dos princípios, os quais, aliás, exercem importante papel para a integridade e coerência do Direito do Trabalho.

O constitucionalismo, na esteira do processo de confirmação de sua legitimidade, postula a superação do paradoxo representado pela normatividade mínima e a programaticidade máxima das dimensões constitucionais liberal e de Bem-Estar anteriores.<sup>(14)</sup>

(13) O Direito Civil positivo incorporou dispositivo nesse sentido, a saber, o art. 122 do CC, que preceitua: “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

(14) As expressões contrapostas são utilizadas por Bonavides (2000, p. 208). O autor aborda os limites e as possibilidades das dimensões liberal e de Bem-Estar, mas não parece conceber a ocorrência de ruptura com este último modelo, ou seja, não há na obra de Bonavides uma explícita e específica consideração sobre as peculiares próprias ao Estado Democrático de Direito. Aliás, quando o autor menciona a normatividade jurídica da denominada quarta geração de direitos fundamentais (ou quarta dimensão) defende a correspondência de tais direitos com a derradeira fase de institucionalização do Estado Social (2000, p.524).

Nesta direção, é salutar o giro representado pela visão dos princípios inseridos na ordem concreta das normas, e não mais como enunciados abstratos desprovidos de juridicidade.

Especificamente quanto ao tema abordado, qual alcance e significado podem ser conferidos à liberdade contratual na dimensão democrática de direito?

A Constituição de 1988 (art. 7º, inc. I) partilha do compromisso internacional de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, remetendo a um de seus fundamentos que é a valorização social do trabalho (art. 1º, inc. IV). O direito ao trabalho é condição de efetividade do direito à existência digna, finalidade da ordem econômica (art. 170, *caput*), e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegurou, em seu art. 23, que toda pessoa tem direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego, entre outras garantias.<sup>(15)</sup>

É relevante este diálogo entre a normatividade local e a internacional, na medida em que, localmente, a nação-Estado pode “ser considerada a entidade mediadora responsável pela garantia e pela vigência dos direitos” (HARVEY, 2006, p. 129).

No caso brasileiro, segundo defende Jorge Luiz Souto Maior, “é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal” (2004, p. 1).

De forma mais explícita, Maior afirma que:

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbi-

(15) Ainda nos termos do art. XXIV da Declaração: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e os serviços essenciais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perdas dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.





trária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional (2004, p. 2).

Há um papel deontológico das garantias fundamentais, presentes no Texto Constitucional que precisa ser reconhecido, inclusive para se rechaçar a tentativa de justificar o uso da constituição contra si mesma. Este uso, na questão da despedida arbitrária ou sem justa causa, aparece nos argumentos jurídicos articulados no sentido de que tal garantia dependeria, para sua eficácia ampla e plena, da edição de lei complementar referida no inc. I do art. 7º. Verificada a inércia do legislador, na mesma linha argumentativa, restaria para cumprimento apenas o disposto no art. 10 do ADCT (indenização compensatória de 40% sobre o FGTS em caso de dispensa sem justa causa e vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa no caso do representante da CIPA e da empregada gestante).<sup>(16)</sup>

Possui ressonância no meio jurídico a tese de que a Constituição, ao fixar o direito ao FGTS para todos os empregados, indistinta-

mente, tornou-se incompatível com sistemas de garantias gerais de emprego. Entretanto, não se poderia, sem o mencionado risco do uso da Constituição contra ela mesma, atribuir ao FGTS caráter obstativo a outros direitos que possam empreender a melhoria da condição social dos trabalhadores. Merece efetivo respeito e consideração ampliativa a cláusula de abertura presente no *caput* do art. 7º da Constituição.

Na realidade, a preponderância da sistemática do FGTS, que vem sendo construída desde a década de 1960 (Lei n. 5.107/1966), e que se consolidou com o Texto Constitucional de 1988, parece alinhar-se com uma proposta de mercado do tipo liberal, e não do tipo regulado.

Ocorre que ao lado do regime do fundo, e mesmo antes dele, há proteção constitucional do direito ao trabalho, que não se compatibiliza com puro exercício, sem limites, do poder potestativo do empregador.

De todo modo, observando as garantias presentes no art. 7º, incs. I e XXI,<sup>(17)</sup> e a prevalência do regime do FGTS, conclui-se que, em termos constitucionais, não há incompatibilidade entre tal regime e eventual sistema de garantias jurídicas destinadas à permanência do trabalhador no emprego.

O que se nota, portanto, é que, a despeito desta interlocução internacional e local sobre um importante tema dos direitos humanos na questão do trabalho, ainda se confere validade e prevalência à “natureza potestativa” implícita no ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho, isto é, de despedir o empregado sem justa causa, até mesmo nas despedidas em massa ou coletivas.

No âmbito de uma teoria constitucional compromissária dos direitos fundamentais e

(16) “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966; II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”

(17) O inc. XXI do art. 7º da Constituição de 1988 prevê o direito ao “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.





num contexto, sobretudo necessário, de aplicação horizontal e direta de tais direitos, haveria de se indagar em que medida a cláusula substancial do devido processo legal no tema da despedida necessita, para sua concretização, da reatificação da Convenção n. 158 da OIT. É certo que, na perspectiva dessa Convenção, resta conferida densidade ao devido processo legal em âmbito contratual, isso porque se reconhece ao trabalhador o direito de conhecer as razões da sua dispensa e que o conduzem à situação de desemprego. Justamente por isso, e para além da proteção ao emprego, a Convenção possibilita controle sobre atos de despedida discriminatórios e antissindicais. Ainda nesse quadro, a reintegração do trabalhador se apresenta como forma possível de reparação acaso a despedida seja arbitrária.<sup>(18)</sup>

Ocorre que, independentemente da Convenção, o modelo jurídico nacional já convive com definição legal que auxilia na identificação do ato de despedida que possa ser considerado arbitrário. De fato, nos moldes do art. 165 da CLT, não será arbitrária a dispensa que se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Voltando à importante Convenção da OIT, seus termos foram tornados públicos pelo Decreto n. 1.855, de 11 de abril de 1996, após observados todos os trâmites de validade,<sup>(19)</sup>

(18) Para Márcio Túlio Viana, a Convenção n. 158 da OIT “não reproduz a estabilidade de ontem, mas recusa a instabilidade de hoje e pode construir um amanhã mais seguro” (2007, p. 242).

(19) No Brasil, nos moldes constitucionais, a ratificação se dá por ato conjunto, e, portanto, complexo, do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional. Com efeito, a competência do Presidente da República para celebrar tratados fica sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII), sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). Ratificada determinada convenção, e observando um direito costumeiro constitucional, para sua exequibilidade é necessário o Decreto Promulgador do Presi-

conforme ressalta Souto Maior (2004, p. 8-9): Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação na RIT em 5 de janeiro de 1995; Decreto de promulgação n. 1.855 publicado em 11 de abril de 1996. Doze meses após o depósito da ratificação, a Convenção entra em vigência no ordenamento interno, o que ocorreu, portanto, em 6 de janeiro de 1996. Conforme esclarece Maior (2004, p. 8-9),

nos doze meses decorrentes entre o depósito e a sua entrada em vigor, a Convenção pode ser alvo de denúncia, isto é, ser obstada a sua vigência no ordenamento interno. Não sendo assim, a Convenção somente pode ser alvo de denúncia após dez anos do início de sua vigência, e mesmo assim durante os 12 meses subsequentes a cada decênio. No entanto, o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção n. 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

Ainda na vigência da convenção, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade (1.480), questionando os arts. 4º a 10. De forma preponderante, defendia-se que a garantia de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, afóra o disposto no art. 10 do ADCT, seria norma de eficácia limitada, na medida em que dependia da edição

dente da República, que faz publicar o ato na versão oficial. As convenções da OIT, após ratificadas, precisam, ainda, ser depositadas na RIT (Repartição Internacional do Trabalho, da OIT) e doze meses após o depósito da ratificação, a convenção entra em vigor no Estado-membro.





futura de lei complementar, prevista no inc. I do art. 7º. Ocorre que, ainda segundo os argumentos preponderantes, a convenção, mesmo ratificada pelo Brasil, entraria no ordenamento jurídico interno com *status* de lei ordinária, motivo pelo qual haveria se extirpar, através do controle direto no Supremo, a inconstitucionalidade formal verificada.

Como já destacado no artigo elaborado com Martins (PORTO & MARTINS, 2008, p. 8-9),

O STF concedeu liminar, em parte, tornando prevalente, na ocasião, o caráter meramente programático da convenção. É certo que o julgamento final da ação ficou prejudicado em razão da denúncia da Convenção pelo então Presidente da República, por meio do Decreto n. 2.100/1996. Porém, o debate em torno da convenção ainda permanece porque nova ADI (n. 1.625), pendente de julgamento, foi ajuizada em 1997, para questionar a necessidade de ratificação da denúncia pelo Congresso Nacional.

Algumas notas são necessárias sobre este movimento de entrada e saída da Convenção e sobre aquilo que ela representa em termos de direitos.

Atribuir-se a uma garantia fundamental, num tema relevante para os direitos humanos da classe trabalhadora, justamente consubstanciado no direito à proteção ao trabalho e à sua continuidade, contra os riscos do desemprego, uma normatividade dependente da atividade infraconstitucional do legislador significa, no mínimo, colocar em dúvida a efetiva normatividade da própria Constituição.<sup>(20)</sup> Num Estado de Direito em que se concebe, como premissa, a vinculação dos Poderes instituídos, como aceitar que a inércia

do legislador possa ter o efeito concreto de obstar, na prática, o exercício de uma garantia essencial à inclusão dos trabalhadores? E mais do que isso, como conceber, numa dimensão democrática de direito, que o empregador, enquanto “dono” do contrato, possa livremente dispor do trabalhador, despedindo, sem precisar fundamentar seu ato? Não há abuso no exercício desta suposta liberdade na prevalência da prática da “denúncia vazia” dos contratos de emprego?

Comparato, no tema da relação entre os juízes e o compromisso com os direitos humanos, afirma que:

Ora, de um lado, não pode o juiz desatender ao imperativo constitucional de usar do poder de julgar para construir uma sociedade mais livre, *justa* e solidária, bem como de colaborar para reduzir as desigualdades sociais, como determina o art. 3º. De outro lado, a Constituição impõe a todo proprietário o dever fundamental de cumprir a função social inerente a esse direito (art. 5º, XXIII). (2001, p. 14).

Os debates jurídicos, que se concentram sobre a forma de internalização da convenção e a possibilidade de denúncia presidencial da norma internacional sem aquiescência do Congresso Nacional, escondem questão de fundo importante que é investigar a compatibilidade do atual poder de despedida do empregador com a dimensão complexa e plural do Estado Democrático de Direito, e mesmo do alcance horizontal da garantia do devido processo legal.

A garantia para os trabalhadores de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deveria ser suficiente para assegurar o pleno direito ao trabalho, na medida em que a norma constitucional correspondente deve receber aplicabilidade imediata, inclusive porque assim o autoriza o art. 5º, § 1º, da Constituição, a qual, ainda prevê, no art. 4º, que nas relações internacionais, a República

(20) Para Dworkin, “uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (2005, p. 15).





Federativa do Brasil reger-se-á, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inc. II).

Ainda para Comparato:

Os juízes não podem ignorar que todas as normas relativas a direitos humanos, inclusive as normas de princípio, são de aplicação direta e imediata, nos precisos termos do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Por conseguinte, quando estiver convencido de que um princípio constitucional incide sobre a matéria trazida ao seu julgamento, o juiz deve aplicá-lo, sem necessidade de pedido da parte. (2001, p. 14-15).

Conforme já se pôde concluir em outra ocasião (PORTO & MARTINS, 2008, p. 809):

A norma internacional que pretende o controle sobre dispensas arbitrárias, inibindo o desemprego, o qual acarreta inúmeras consequências sociais, e não apenas individuais, possui inegável conteúdo de direitos humanos. A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária já se encontra presente em nossa Constituição e a recepção da Convenção n. 158 deve, por isso mesmo, observar seu patamar adequado, qual seja, constitucional, por força dos art. 5º, §§ 2º e 3º.

Assim, de acordo com a Constituição e não contra ela, a Convenção n. 158 complementa e aperfeiçoa as garantias destinadas aos trabalhadores, consentâneas com o princípio da valorização social do trabalho.

O desrespeito a tal garantia protetiva foi agravado desde 1998 com a assinatura do “Protocolo de San Salvador” (aditivo à Convenção Americana sobre DH em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais), que, no art. 7º, prevê a estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, como forma de expressão do direito ao trabalho.

O Congresso Nacional permanece às voltas com o tema da Convenção, na medida em que

o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva enviou mensagem para nova apreciação desse ato internacional. O STF, por sua vez, ainda não concluiu, mais de uma década depois, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que pretende discutir a validade do ato do Presidente Fernando Henrique Cardoso que denunciou a convenção.

Todavia, independentemente deste jogo institucional que mais parece bloquear do que dar espaço a esta importante discussão sobre a dimensão da fundamental proteção ao trabalho, o que deve permanecer, sobretudo para os trabalhadores, sindicatos, associações, Tribunais e Ministério Público do Trabalho, é a indagação sobre se há, efetivamente, empecilhos jurídicos constitucionalmente válidos à plena aplicabilidade da garantia de proteção contra a dispensa arbitrária e sem justa causa. Como fica neste tema a aplicação direta, imediata e integral dos direitos fundamentais? O devido processo legal é facultativo nas relações trabalhistas?

A dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição), num contexto de trabalho decente, deve significar concretamente não apenas o direito de ocupar-se, mas sobretudo de ter acesso a um trabalho valorizado e protegido.

Mais do que isso, a precisa localização jurídica do princípio protetivo, que vincula trabalho e cidadania, para reconhecer-lhe atributos constitucionais, não traz consequências apenas numa forma de ordenação hierárquica, mas para a própria consistência do constitucionalismo brasileiro.

Não se pode conceber que apenas a combinação entre liberdade de mercado e direito ao voto sejam suficientes para definir a existência efetiva de um ambiente democrático. Por isso se insiste numa conexão, sujeita a todas as contingências da complexidade contemporânea, entre trabalho, cidadania e democracia para fazer frente aos desafios atuais de uma



economia mundial globalizada, que, a despeito disso, ou justamente por isso, pressiona por formas cada vez mais precarizantes de trabalho.<sup>(21)</sup>

Nesses moldes, a incidência normativa do princípio de proteção ao trabalho já não seria suficiente para denunciar a existência de abuso no exercício do “direito” potestativo do empregador, traduzido como liberdade contratual ampla para despedir sem necessidade de motivar seu ato? Não decorreria da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho (de um direito *do* trabalho e *ao* trabalho) a necessidade de comprovação prévia de motivo justo e relacionado a uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, para a despedida?<sup>(22)</sup>

O contrato de emprego não pode, numa perspectiva democrática de direito, ser encarado como um reduto privado, infenso à incidência da Constituição em todos os seus termos. Merece, portanto, urgente reflexão crítica a suposta compatibilidade, com esta dimensão constitucional, dos atos de despedida que implicam para os trabalhadores na perda do meio de subsistência, e sem que possam conhecer o motivo para tanto.

(21) De acordo com Harvey, a territorialização e reterritorialização do capitalismo é um processo incessante (2006, p. 85). Trata-se da dispersão seletiva do poder econômico. O mesmo autor prefere a equivalência entre globalização e desenvolvimento geográfico desigual (2006, p. 98).

(22) Márcio Túlio Viana, embora ressaltando a importância prática na incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção n. 158 da OIT, também trilha a hipótese de que a “denúncia vazia” do contrato de emprego não é compatível com a Constituição de 1988: “na verdade, mesmo sem ela, já seria possível banir as dispensas arbitrárias – seja com base nos direitos humanos em geral, nos princípios constitucionais, na norma do inciso I do art. 7º da CF, ou mesmo nos princípios do Código Civil. Mas a sua utilidade prática é evidente. De um lado, a Convenção pode servir como uma espécie de costura para esses recortes que hoje compõem – ou decompõem – a vida do trabalhador” (2007, p. 242).

O que se propugna é pela aplicabilidade integral e consistente daquilo que o art. 7º, inc. I, da Constituição, traduz como princípio normativo, notadamente quanto à proteção à pessoa que trabalha e às possibilidades que devem ser construídas acerca da melhoria da sua condição social. Para Souto Maior, “há de se reconhecer que a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa” (2004, p. 3). Ainda nos termos do pensamento do mesmo autor, “o ordenamento jurídico nacional, portanto, possui todos os instrumentos para que se coíba com eficácia a dispensa arbitrária, sendo este, aliás, um imperativo do direito social, constitucionalmente consagrado” (2004, p. 7).

## Referências bibliográficas

### Livros e artigos

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOURDIEU, Pierre. A precariedade está hoje por toda a parte. In: *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Trad. de Lucy Magalhães, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Nova Fase), Belo Horizonte, n. 39, p. 169-189, jan./jun. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges [revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Reis]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HARVEY, David. *Espaços de esperança*. 2. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. In: *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano XV, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

PORTO, Noemia; MARTINS, Tahinah Albuquerque. A proteção do direito ao trabalho: a necessidade de motivação das despedidas. In: *Periódico C&D – Constituição e Democracia*, produzido pelo





grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito (STD) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, n. 28, p. 8-9, dez. 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. Law and economics, neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 6, p. 173-188, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martorio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

#### **Pesquisa eletrônica de doutrina, jurisprudência e legislação**

CÓDIGO CIVIL (art. 122). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: abr. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, São Paulo, n. 14, 2001. Disponível em: <[http://trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev14Art5.pdf](http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev14Art5.pdf)> Acesso em: jul. 2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: abr. 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção n. 158 da OIT*. 2004. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior\\_protecao\\_contra\\_dispensa.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_protecao_contra_dispensa.pdf)> Acesso em: jun. 2011.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção n. 158 da OIT. In: *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 46, n.76, p. 235-246, jul./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev\\_76/Marcio\\_Viana.pdf](http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_76/Marcio_Viana.pdf)> Acesso em: jul. 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo n. RODC-309/2009-000-15-00.4, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, julgado em 10 de agosto de 2009 (“caso Embraer”). Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: abr. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005, DJ de 27.10.2006. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246\\_Caso%20UBC%20-%20RE\\_201819.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246_Caso%20UBC%20-%20RE_201819.pdf)> Acesso em: abr. 2011.





# Dever de gestão processual adequada

Edilton Meireles(\*)

## Resumo

- ▶ No presente trabalho, abordamos o dever de gestão processual enquanto atribuição do juiz. Destacamos que, no exercício dessa atribuição do juiz, cabe ao magistrado pautar sua conduta mais diretamente em dois princípios constitucionais: da eficiência e da duração razoável do processo. Neste sentido, ao juiz cabe gerir o processo com respeito ao subprincípio da adequação, adaptando o rito procedimental às peculiaridades da causa sempre que aquele previsto em lei não se mostre mais eficiente para a prestação jurisdicional em prazo razoável.

## Palavras-chaves

- ▶ Gestão processual – princípio da eficiência – duração razoável do processo – princípio da adequação – flexibilidade processual.

## Abstract:

- ▶ In this paper, we address the duty of procedural management as long as it is assigned to the judge. We emphasize that, while the judge is on assignment, it is the magistrate who conducts their business more directly based on two fundamental principles: efficiency and reasonable duration of proceedings. In this sense, it is up to the judge to manage the process regarding the sub-principle of adjustment, adapting the rite to the procedural peculiarities of the case whenever provided by law that does not prove more efficiency for adjudication within a reasonable time.

## Key Word:

- ▶ Case management – the principle of efficiency – reasonable length of proceedings – the adequacy principle – procedural flexibility.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução

---

(\*) Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do IBDP. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Desembargador do Trabalho na Bahia.





- ▶ 1. Da gestão processual: poder ou dever?
- ▶ 2. Princípios constitucionais regentes das atribuições do juiz
- ▶ 3. Da gestão processual
- ▶ Conclusões
- ▶ Referências

## Introdução

Nosso direito processual contém diversos dispositivos procedimentais que conferem ao juiz o dever de conduzir o processo judicial.

Tais regras, porém, são mencionadas pela doutrina como fundamentadoras do poder conferido ao juiz para a condução do processo. Fala-se em poder e não dever.

No presente trabalho, no entanto, procuramos contribuir para o estudo desse tema, destacando os princípios e as regras que conferem ao juiz a atribuição de gerir o processo.

### 1. Da gestão processual: poder ou dever?

Quando falamos em gestão processual queremos nos referir à atribuição conferida ao juiz para a condução do processo. Seu fundamento infraconstitucional maior está no art. 125 do CPC, que estabelece que cabe ao juiz dirigir o processo.

A primeira questão a ser respondida, então, é: essa atribuição resulta de um poder conferido ao juiz ou se revela como um dever?

De uma maneira, em geral, a doutrina fala em poderes do juiz, inclusive aqueles inerentes à colheita de provas, ainda que, às vezes estejam a se referir aos deveres<sup>(1)</sup>. E mesmo no exterior,

a doutrina prefere mencionar os poderes do juiz<sup>(2)</sup>. Parte da doutrina, no entanto, ao tratar dessa questão, menciona que o juiz tem deveres<sup>(3)</sup>.

É certo que, no exercício de sua atribuição de julgador, o juiz exerce o poder estatal jurisdicional. Aqui há expressão do poder público, que, através dos atos decisórios e executivos do juiz, exerce seu imperium sobre qualquer pessoa, inclusive contra si próprio (o Estado-juiz em face do Estado). O poder é estatal, exercido através da figura do juiz.

Contudo, o poder jurisdicional reservado ao Estado não se confunde com as atribuições funcionais conferidas ao agente que exerce a função pública. E aqui cabe até lembrar a definição de cargo público: “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura

---

*processo civil democrático*, p. 29-43; CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*; CERQUEIRA, Luís Otávio Siqueira de. *O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz*, p. 305-316; DELGADO, José Augusto. *Reflexões contemporâneas* (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal, p. 271-289; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*, p. 235-242; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz*, p. 115-124; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*; MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*; MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo e reformas processuais e poderes do juiz*, p. 53-67.

(2) Por todos, cf. TARUFFO, Michele. *Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa*, p. 411-445.

(3) KOMATSU, Roque. *Notas em torno dos deveres processuais dos juizes*, p. 687-731.

---

(1) Podemos citar: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; BARROS, Mariana Carneiro de. *Os poderes do juiz e seus limites - uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin*, p. 142-151; AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Poderes instrutórios do juiz e*



organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º da Lei n. 8.112/1990).

Neste sentido, não cabe confundir o poder exercido pelo Estado da atribuição conferida ao ocupante de determinado cargo. Observe: o poder jurisdicional pertence ao Estado. Como, porém, o Estado é uma pessoa ficta, o exercício de tal poder, na vida concreta, acaba sendo materializado pelos seus agentes legitimamente empossados para exercer essa função (no nosso caso, os juízes). Os juízes, assim, exercem na prática o poder estatal, mas eles não são os titulares do poder. O poder pertence ao Estado.

Em outras palavras a distinção se revela quando lembramos que quando alguém apresenta sua demanda judicial perante o Estado cabe a este entregar a prestação do serviço público correspondente. Para que tal serviço, no entanto, seja fornecido, o Estado confere aos seus agentes atribuições executivas. E, no caso do serviço judiciário, a principal atividade a ser desenvolvida é atribuída ao juiz, assim como na demanda do serviço médico é conferida ao médico, do serviço policial ao delegado, etc.

Assim, quando a lei estabelece que o juiz “dirigirá o processo” judicial, o legislador não está transferindo ao juiz qualquer poder. Na realidade, a lei define uma das principais atribuições do seu agente público juiz: o de dirigir, conduzir, presidir, relatar, o processo judicial. Tal atribuição, aliás, ao lado do de julgar são os dois principais encargos reservados ao cargo de juiz. E ao lado deles – em funções atípicas – podem ser mencionados o de chefiar a Vara ou a Turma que preside, receber os advogados (inciso IV do art. 35 da LOMAN), zelar pelo recolhimento das custas (inciso VII do art. 35 da LOMAN), apresentar relatórios de suas atividades (art. 39 da LOMAN), etc.

O juiz tem o dever de dirigir o processo, assim como o policial tem o dever (não poder) de prender o criminoso.

O art. 35 da LC n. 35/1979 (LOMAN), outrossim, cita diversos deveres do juiz, sem

prejuízo de outros mencionados na legislação, *verbis*:

“I – Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V – residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI – comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII – exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII – manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.”

Essa distinção, por sua vez, mostra-se bastante relevante. Isso porque inerente ao poder está a possibilidade do seu não exercício. Por exemplo: o Estado tem o poder de tributar. Se desejar, pode não tributar. Em suma, está no âmbito de quem detém o poder não exercê-lo. Revela-se, também, como uma faculdade.

Tal difere do dever, já que quem tem uma atribuição, responsabilidade ou obrigação não pode se eximir de cumpri-lo, sob pena de ser sancionado. Daí que a partir da distinção entre o poder reservado ao Estado e a atribuição conferida ao juiz na condução do processo que podemos facilmente chegar à conclusão que a



responsabilidade pela gestão processual não se configura como um poder conferido ao juiz. Na realidade, constitui-se em um dever funcional, decorrente de uma atribuição conferida ao ocupante do cargo de juiz. Uma imposição de comportamento; não uma faculdade. E, enquanto dever, o juiz não pode se eximir de cumprir as atribuições inerentes ao seu cargo da melhor maneira possível, atentando-se para os princípios administrativo-processuais pertinentes.

## 2. Princípios constitucionais regentes das atribuições do juiz

Os juízes, enquanto servidores públicos em sentido lato, também estão sujeitos aos princípios constitucionais que regem toda a Administração Pública. Enquanto executor dos atos da Administração, cumpre, assim, ao juiz respeitar os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Os princípios da impessoalidade e da moralidade, por exemplo, vedam que o juiz escolha, como perito judicial, pessoa que goza de sua intimidade (“amigo íntimo”) ou seja seu parente (“nepotismo”). O princípio da publicidade impede, *v. g.*, que o juiz, no seu atuar, realize inspeções judiciais “secretas”, ou seja, aquelas realizadas sem a participação das partes interessadas.

Outrossim, o princípio da eficiência impõe que o juiz, no exercício de sua nobre função, pratique os atos de forma mais produtiva de modo a atingir seu objetivo sem se afastar da perfeição técnica que se exige em cada caso. Em outras palavras, haja com a melhor qualidade, de forma produtiva, com economicidade, com presteza, perfeição e amplo rendimento funcional.

É o princípio da eficiência, por exemplo, que fundamenta a regra da LOMAN que impõe ao juiz o dever de “determinar as providências necessárias para que os atos proces-

suais se realizem nos prazos legais” (inciso III do art. 35). Ou seja, para que os atos processuais se realizem no prazo legal, deve o juiz ser eficiente na realização das providências pertinentes e necessárias.

Tal princípio fundamenta também a regra de que compete ao juiz indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130 do CPC) que podem contribuir maior ineficácia ou intempestividade da prestação jurisdicional levada a cabo pelo magistrado.

O princípio da eficiência, pois, se mostra deveras importante no agir do juiz, pois ele vincula o magistrado na medida em que se exige dele que conduza o processo do melhor modo para atingir seu objetivo.

Conquanto não se confundam, a eficiência no modo pelo qual o juiz desempenha sua função acaba por refletir, de uma maneira geral, na eficácia dos atos processuais (meios ou instrumentos utilizados pelo servidor no exercício de seu mister) e na efetividade da prestação jurisdicional (resultado obtido a partir das ações realizadas pelo agente público).

Mais além da vinculação aos princípios regentes da Administração Pública, elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o juiz está vinculado diretamente a, pelo menos, um princípio especificamente processual: o da duração razoável do processo.

A garantia ou princípio da duração razoável do processo passou a ser expressamente mencionado na nossa Carta Magna a partir da promulgação da EC n. 45/2004. É certo, porém, que implicitamente essa garantia já se extraía da cláusula do devido processo legal, como já esclarecia a doutrina. A dúvida, no entanto, quanto a sua inclusão no rol dos princípios implícitos, com a edição da EC n. 45, ficou pacificada.

Essa garantia, por sua vez, tem razão maior em um dos mais graves problemas enfrentados pelo direito processual, seja no Brasil, seja em





outros países, inclusive naqueles incluídos dentre os do Primeiro Mundo, que é justamente a da morosidade processual.

O que importa destacar, porém, é que a partir desta cláusula constitucional se pode exigir do Estado, pelo menos, duas ações para tornar efetiva essa garantia: primeira, a edição de normas processuais (procedimentais) reguladoras dos atos judiciais para fazer com que a prestação jurisdicional seja entregue no tempo razoável; e, segunda, a prática dos atos, por parte dos agentes públicos, no prazo mais rápido possível para que o processo não dure mais do que o indispensável à concretização dos demais direitos de defesa. Nesta segunda hipótese, cabe, por exemplo, ao servidor praticar o ato (de citação, de juntada da petição, de penhora, de certificação) o mais rápido possível, ao invés de deixar para o “dia seguinte”. O princípio, pois, rege tanto o legislador, como o administrador público.

A garantia da duração razoável do processo, porém, não está dissociado do princípio da eficiência. Isso porque, por certo, não se entregará a prestação jurisdicional num prazo razoável sem que os atos sejam realizados de forma eficiente. José dos Santos Carvalho Filho, inclusive, sustenta que o princípio da duração razoável do processo “tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere o acesso à justiça”<sup>(4)</sup>.

O atuar do juiz, assim, estaria pautado, constitucionalmente, em dois princípios basilares de maior densidade normativa sobre seu agir: o da eficiência e o da busca da duração razoável do processo.

### 3. Da gestão processual

Definidos acima que o juiz tem o dever de conduzir o processo enquanto atribuição primária e necessária à prestação da atividade

jurisdicional, bem como destacado que o magistrado está, mais diretamente, vinculado aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, é preciso delimitar a amplitude da responsabilidade do magistrado na gestão processual.

Por gestão processual, por sua vez, entenda-se a responsabilidade ou atribuição conferida ao juiz para conduzir ou dirigir o processo.

E é, pois, neste desiderato, que o juiz deve “velar pela rápida solução do litígio” (inciso II do art. 125 do CPC), não excedendo “injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar” (inciso II do art. 35 da LOMAN), determinando que sejam adotadas as “providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais” (inciso III do art. 35 da LOMAN), atendendo “aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência” (inciso IV do art. 35 da LOMAN), comparecendo “pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término” (inciso VI do art. 35 da LOMAN).

É certo, ainda, que, na direção do processo, cabe ao juiz indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130 do CPC).

Do mesmo modo, na gestão do processo, cabe ao juiz adotar providências contra os atos de simulação (art. 129 do CPC), combater e sancionar a litigância de má-fé (art. 18 do CPC), punir os atos atentatórios ao exercício da jurisdição (art. 14 do CPC), advertir e sancionar as partes quando praticarem atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 599, inciso II, e art. 600 ambos do CPC), exercer o poder de polícia em audiências e sessões (art. 445 do CPC), riscar as “expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo” e advertir o advogado que não as use em audiências e sessões (art. 15 do CPC), assim como dirigir os trabalhos da audiência, proceder direta e pessoalmente à colheita das

(4) *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31.





provas e exortar os advogados e o órgão do Ministério Público para que discutam a causa com respeito e urbanidade (art. 446 do CPC), etc.<sup>(5)</sup>.

Todos os dispositivos acima citados, além de outros encontrados na nossa legislação, revelam que ao juiz é conferida a atribuição para a condução do processo com ampla margem de atuação (“poderes”) para atingir o objetivo maior que é a entrega da prestação do serviço judiciário. Todos esses dispositivos, no entanto, conferem ao juiz deveres, ainda que comumente tratado como “poderes”.

Neste sentido, mesmo o “poder de polícia” mencionado na lei é um verdadeiro dever atribuído ao juiz. Isso porque, longe de ser um poder que pode ou não ser exercido (assim como o poder de tributar por parte do Estado), ao juiz se impõe o dever de manter a ordem na audiência ou sessões de modo que o serviço público ali realizado (ato processual) se desenvolva de forma eficiente, eficaz e efetivo.

Do mesmo modo, pode-se falar que o juiz não tem o “poder” (e, portanto, a faculdade de exercê-lo) de punir os litigantes de má-fé. Em verdade, constitui um dever do juiz sancionar aqueles que agem de má-fé quando configurado o ilícito processual<sup>(6)</sup>.

É, pois, neste caminhar que a partir dos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo que ao juiz também compete – em verdadeira aplicação do princípio da adequação – adotar a tramitação processual mais pertinente às especificidades da causa. Em suma, na direção do processo deve buscar adotar o procedimento que mais se adequa à demanda judicial, buscando a maior eficiência, eficácia e efetividade

do serviço público que lhe é atribuído executar, sem perder de vista a busca pela duração razoável do processo.

Por princípio da adequação ou flexibilização procedimental se entende a possibilidade de, no caso concreto, ser adotado o procedimento mais eficiente às peculiaridades da causa que é submetida ao Judiciário.

Esse princípio (da adequação formal), aliás, está agasalhado expressamente no CPC português, que dispõe em seu art. 265-A que “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Nossa própria legislação processual, por sua vez, já prevê algumas hipóteses de flexibilização procedimental (adequação), a exemplo da possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, do CPC); de fixação do prazo para defesa na ação rescisória a critério do relator (art. 491); a possibilidade de adotar diferentes medidas práticas para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (§ 5º do art. 461 do CPC); a adoção de procedimento judicial em proteção da criança e do adolescente ainda que não previsto em lei (art. 153 da Lei n. 8.069/1990); o julgamento de improcedência *prima facie* (art. 285-A do CPC); o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC); a dispensa da realização da audiência de conciliação quando “o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção” (§ 3º do art. 331 do CPC); o julgamento antecipado do recurso contrário à súmula de Tribunal Superior (§ 1º do art. 518 do CPC); o julgamento liminar do agravo ou sua conversão em agravo retido (incisos I e II do art. 527 do CPC); o julgamento mono-

(5) Para maiores detalhes sobre diversos deveres do juiz, cf. KOMATSU, Roque. *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 687-731.

(6) Referindo-se ao dever de sancionar em caso de atentado à jurisdição, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O juiz como “administrador” do processo*, p. 736.



crático pelo relator dos recursos (a exemplo do art. 577, §§ 1º e 1º-A do CPC); a inversão do ônus da prova nas demandas consumeristas (inciso VIII do art. 6º do CDC); a prolação da sentença em audiência ou no prazo de 10 (dez) dias (art. 456 do CPC); e, mesmo, da regra geral que impõe a adoção do procedimento ordinário quando da cumulação de pedidos submetidos a diversos ritos procedimentais (§ 2º do art. 291 do CPC).

Neste sentido, cabe destacar que Fernando da Fonseca Gajardoni, em resumo, ensina que são quatro “os modelos de flexibilidade procedimental: a) legal genérica; b) legal alternativa; c) judicial; e d) voluntária.

24. A flexibilidade procedimental legal genérica se dá através de disposição, sob a forma de uma cláusula geral, que permite ao juiz o encaminhamento de casos singulares, adaptando o procedimento à situação das partes ou do direto material debatido.

O permissivo legal, diversamente o regime da flexibilização alternativa, não predetermina os atos possíveis de serem praticados, deixando a cargo do magistrado, com a constante colaboração das partes, o controle quase que integral do procedimento. No sistema pátrio este modelo é encontrado no art. 153 do ECA, art. 1.109 do CPC, art. 21 e § 1º da Lei de Arbitragem, art. 6º da Lei n. 9.099/1995, e art. 461, § 5º, do CPC.

25. A flexibilidade procedimental legal alternativa é o modelo padrão do sistema processual civil brasileiro. Por ele a lei permite a flexibilização, mas pré-determina os atos processuais possíveis de serem adequados à situação concreta. Várias são as ocorrências deste modelo: art. 277, §§ 4º e 5º; art. 285-A; art. 330; art. 331, § 3º; 518, § 1º, 527, I e II; 544, § 3º; 557, §§ 1º e 1º-A; todos do CPC.

26. A flexibilidade procedimental judicial, rigorosamente, seria o genuíno caso de

flexibilização. Por este modelo, inexistente procedimento legal adequado para a tutela do direito ou da parte, compete ao juiz proceder à adaptação, ainda que, para isto, tenha que se afastar do regime normativo. A experiência prática tem moldado todas estas situações, entre elas a inversão da ordem de produção de provas em audiência, inúmeras hipóteses de fungibilidade procedimental, utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto, variantes no procedimento recursal, flexibilização de prazos e do rígido regime preclusivo.

27. Por fim, pelo modelo da flexibilidade procedimental voluntária, competiria às partes eleger o procedimento processual adequado, ou ao menos parte dos atos processuais da série. Neste regime, naturalmente excepcional, o papel do juiz seria mais passivo, eis que a deliberação sobre o encaminhamento do caso seria dos litigantes, inclusive no tocante a parcela dos prazos<sup>(7)</sup>.

Destaque-se, porém, que o princípio da adequação conforma o legislador e o juiz<sup>(8)</sup>. Conforma o legislador que deve disciplinar o procedimento adotando o rito mais eficiente e adequado a ser aplicado à demanda judicial. Conforma o juiz, pois este deve, na sua atuação concreta, ainda que na falta da lei ou contra a mesma, aplicar os princípios da eficiência (e efetividade) e da duração razoável do processo na escolha do rito procedimental a ser seguido no caso concreto da demanda que lhe é submetido à apreciação, tendo em vista as peculiaridades da causa.

(7) GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26-227.

(8) Cf. por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: Podivm, 2010. v. 1, p. 68-73.





Pode-se, inclusive, afirmar que o princípio da adequação tem fundamento constitucional nos princípios da eficiência dos atos do poder público e da duração razoável do processo, pois para atingir os objetivos destes últimos (eficiência e celeridade) cabe ao legislador adotar normas pertinentes e mais adequadas às circunstâncias e às peculiaridades que cercam a causa, do contrário, o procedimento se mostrará ineficiente e, muito provavelmente, mais demorado.

E aqui está o grande salto a ser alcançado pelo juiz na busca pela concretização da prestação jurisdicional de modo mais eficiente e em duração razoável. É que os princípios da eficiência (ao lado da efetividade) e da duração razoável do processo impõem ao juiz, em sua atribuição de gestão processual do feito, o dever de adotar o rito procedimental mais adequado e efetivo às peculiaridades da causa, até como meio legitimante de sua atuação<sup>(9)</sup>. E, para tanto, não deve se limitar a afastar as diligências inúteis e protelatórias (art. 130 do CPC), bem como as que se mostrem menos ineficazes para atingir aos fins que se visam atingir, mas, sim, que assumam uma posição ativa adotando o rito procedimental mais adequado às peculiaridades da causa, ainda que inovando ao estabelecer procedimento não previsto em lei. Mas – ressalte-se –, sempre respeitando o contraditório.

Para tanto o juiz deve se valer, inclusive, de todos os mecanismos de agilização processual previstos em lei ou que sejam possíveis adotar de modo a cumprir os mandamentos constitucionais da eficiência e duração razoável dos processos.

Em suma, faculta-se “ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfei-

tamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”<sup>(10)</sup>.

Em suma, ainda que o Brasil tenha adotado o modelo de legalidade das formas (no qual as etapas do procedimento estão previstas em lei), por óbvio que, diante do caso concreto, quando o rito previsto em lei não se mostra compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, cabe ao juiz afastar a incidência da regra estatal, adotando rito mais adequado às peculiaridades da demanda sob sua direção.

Neste sentido, é preciso lembrar que antiga doutrina, já acolhida pelo STF, entende que, diante do caso concreto, a norma infraconstitucional possa ser tida como inconstitucional (materialmente), sem a necessidade de declará-la em tese; em abstrato, de modo formal.

No Brasil, a doutrina sobre inconstitucionalidade formal e material foi introduzida pelo Min. Bilac Pinto, ao analisar a situação das leis fiscais que, na prática, têm carga fiscal tão exagerada sobre a atividade tributada que perturbam o seu ritmo, resultando ônus excessivo, dificultando-a, embaraçando-a ou desencorajando-a. Tal inconstitucionalidade, pois, teria a característica de só ocorrer no caso concreto apreciado e de poder coexistir com a constitucionalidade formal da lei em apreço. Esta ideia foi veiculada pelo Ministro Bilac Pinto em trabalho publicado na *Revista Forense* de junho de 1940, “A Crise da Ciência das Finanças – Os Limites do Poder Fiscal do

(9) MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, p. 229-236.

(10) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. In: *Revista de Processo*, v. 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66, 1999.



Estado – Uma Nova na Doutrina sobre a Inconstitucionalidade das Leis Fiscais” (p. 547-562).

Posteriormente o STF reconheceu que a inconstitucionalidade material poderia ocorrer também com relação a leis de outra natureza, sempre que, no caso concreto, verificasse que a sua aplicação violaria direito constitucionalmente protegido. Este reconhecimento se deu originariamente no RE 72.071-GB, cujo Relator foi o Ministro Thompson Flores, RTJ 58, p. 692-701.

É o caso das leis processuais. Sempre que elas se mostrem no caso concreto inadequadas à satisfação dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo, caberá ao juiz afastar as suas incidências, adotando regras e normas mais pertinentes e adequadas. Materialmente, no caso concreto, tem a lei por inconstitucional. Em tese, porém, ela continua válida, já que, diante de outra demanda, ela pode se mostrar adequada e pertinente.

Outrossim, uma vez afastada a lei materialmente inconstitucional, no caso concreto, cabe ao juiz aplicar outra regra mais adequada já existente no ordenamento jurídico, ainda que seja por analogia, ou inovar criando novo rito procedimental, sempre observando o contraditório.

Um exemplo de procedimento que pode ser adotado, de inspiração norte-americana e já agasalhado pelo art. 638-A do CPC de Portugal (com a redação dada pelo Decreto-lei n. 183/2000), é o da inquirição das testemunhas “por acordo das partes”.

Neste caso, dispõe o CPC de Portugal, *verbis*:

“Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de

uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos fatos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas...”

Conforme, ainda, a lei portuguesa, devem ser adotadas as seguintes providências formais para validade desse meio de prova (art. 639-A), *verbis*:

“1. O escrito a que se refere o artigo anterior mencionará todos os elementos de identificação do depoente, indicará se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse na ação.

2. Deve ainda o depoente declarar expressamente que o escrito se destina a ser apresentado em juízo e que está consciente de que a falsidade das declarações dele constantes o fará incorrer em responsabilidade criminal.

3. A assinatura deve mostrar-se reconhecida notarialmente, quando não for possível a exibição do respectivo documento de identificação.

4. Quando o entenda necessário, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determinar, sendo ainda possível, a renovação do depoimento na sua presença, caso em que a testemunha será notificada pelo tribunal, ou a prestação de quaisquer esclarecimentos que se revelem necessários, por escrito a que se aplica o disposto nos números anteriores.”

Pode-se pensar, inclusive, que esse depoimento seja apresentado em vídeo e áudio, estendendo-se esse procedimento ao depoimento pessoal.

Adotando esse procedimento para a produção da prova testemunhal, especial-





mente nos feitos em que somente se requer a produção da prova oral, ao certo o juiz em muito estará contribuindo para a celeridade da demanda. Neste caso, no Brasil, caberia ao juiz aceitar o acordo ou propor às partes que elas adotassem esse procedimento, conferindo-lhes prazo para que a ata de interrogatório das testemunhas fosse juntada ao processo.

Outro exemplo de flexibilização não prevista em lei seria o de o juiz civil adotar o rito do processo do trabalho para as demandas de cobrança de valores pecuniários com base num contrato, a exemplo dos alugueres. Neste caso, muito mais célere é o procedimento previsto na CLT (com atos concentrados em uma única audiência de tentativa de conciliação, contestação, instrução e julgamento) em relação aquele adotado pelo CPC (rito ordinário). Ou, o contrário, o juiz do trabalho adotar o rito ordinário previsto no CPC nas demandas em que seja improvável a conciliação (com a Fazenda Pública, *v. g.*) e que demandem o julgamento antecipado da lide.

Neste último caso, melhor é citar e julgar imediatamente a lide trabalhista após a contestação por escrito, do que designar audiência para tentar a improvável conciliação, seguida da contestação e julgamento. Nesta hipótese, a audiência se mostra inútil e, pior, muitas vezes, protelatória, já que a contestação por escrito pode ser apresentada em data anterior àquela designada para realização da audiência.

Em suma, ao certo existem inúmeros exemplos que podem ser citados como hipóteses em que o juiz, adequando o rito à causa, obtém melhor desempenho na gestão do processo.

De relevo a destacar, pois, é que o juiz tem o dever de gerir, dirigir, o processo. E, para se desincumbir satisfatoriamente desse dever de gestão processual, o juiz não só deve corrigir eventualmente a inadequação do rito previsto

em lei diante do caso concreto sujeito à sua direção, como, ainda, deve agir de modo que o processo alcance de forma célere seu objetivo final, entregando a prestação jurisdicional num prazo razoável e de forma eficiente e efetiva.

## Conclusão

Em conclusão, podemos sintetizar:

- a) o juiz tem o dever de dirigir o processo enquanto atribuição inerente ao cargo que ocupa;
- b) na gestão do processo o juiz está mais diretamente vinculado aos princípios da eficiência dos atos da Administração Pública e da duração razoável do processo;
- c) dentre os deveres do juiz na gestão processual está o de conduzir o processo segundo o rito mais adequado às peculiaridades da causa posta sob sua direção;
- d) o princípio processual da adequação decorre do princípio constitucional da eficiência;
- e) para atingir os objetivos decorrentes dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo, aplicando o princípio da adequação, o juiz deve adaptar o procedimento às peculiaridades da causa sempre que o rito previsto em lei não seja o mais adequado para a entrega da prestação jurisdicional com eficiência e em prazo razoável;
- f) em respeito aos referidos princípios constitucionais, o juiz está autorizado a assumir uma posição ativa adotando o rito procedimental mais adequado às peculiaridades da causa, ainda que inovando ao estabelecer rito não previsto em lei, desde que respeitado o contraditório; e,
- g) o juiz deve reconhecer a inconstitucionalidade da lei procedimental sempre que ela se mostre, no caso concreto, inadequada à



satisfação dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo. Neste caso, caberá ao juiz afastar a incidência da lei materialmente inconstitucional, adotando regras e normas mais pertinentes e adequadas.

## Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; BARROS, Mariana Carneiro de. Os poderes do juiz e seus limites – uma análise em matéria probatória e a questão do juiz Hércules de Ronald Dworkin. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BILAC PINTO, Olavo. A crise da ciência das finanças – os limites do poder fiscal do Estado – uma nova na doutrina sobre a inconstitucionalidade das leis fiscais. *Revista Forense*, v. 82, Rio de Janeiro: Forense, p. 547-562, 1940.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* (coords.). *Processo civil. Novas tendências*. Homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CERQUEIRA, Luís Otávio Siqueira de. O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudo em

homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12 ed. Salvador: Podivm, 2010. v. 1.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartie Latin, 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudo em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.





MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MIRANDA, Ponte de. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de direito processual civil – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de direito processual civil*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 59-69, 1999.

TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. In: TARUFFO, Michele et al. *Constitución y proceso*. Lima: Ara, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O juiz como “administrador” do processo. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartie Latin, 2009.





# Novos textos, velhas leituras: o esvaziamento normativo da Constituição nas decisões do TST

Ricardo Lourenço Filho<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ É possível identificar, em decisões do Tribunal Superior do Trabalho, uma prática argumentativa que rejeita a primazia da Constituição, conduzindo à prevalência de normas que lhe são anteriores (e contrárias), e que reduz o potencial inovador do texto constitucional de 1988. Em última análise, abre-se mão da função da Constituição como critério *supralegal* de validade do direito. Entretanto, a Constituição, como aquisição evolutiva que permite o acoplamento entre os sistemas jurídico e político, subverte a teoria tradicional de revogação das leis, tornando prevalente a regra de que *lei superior derroga lei inferior*. E, ao fazê-lo, a Constituição viabiliza o fechamento operativo do sistema do direito. Cabe, então, aos tribunais o papel de reforço de expectativas asseguradas pelas normas jurídicas, mesmo (e sobretudo) em caso de violação da norma. O aspecto *contrafático* é fundamental para o direito. A consequência do discurso, presente nas decisões do TST, que rejeita o papel do tribunal de afirmação de direitos, é o desgaste e o esvaziamento da normatividade dos direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição, os quais perdem exatamente a sua dimensão *contrafática*, ou seja, a possibilidade de se fazerem valer, em especial, nas hipóteses de seu descumprimento.

## Palavras-chave

- ▶ Constituição – direitos fundamentais trabalhistas – teoria dos sistemas funcionalmente diferenciados – normatividade – “chave de leitura”.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. De *obiter dictum* a “lei geral”: a Constituição nas decisões do TST
- ▶ 2. Possibilidades para o direito a partir da Constituição

(\*) Mestre e doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor Universitário. Integrante dos grupos de pesquisa “Direito, Sociedade e Complexidade” e “Trabalho, Constituição e Cidadania” (Diretório dos Grupos de Pesquisa – CNPq).





- ▶ 3. Considerações finais: para *ver* a Constituição
- ▶ Referências bibliográficas

## Introdução

Qual o discurso produzido pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a Constituição de 1988 e os direitos trabalhistas nela assegurados? Como o Tribunal aplica (ou deixa de aplicar) a Constituição em face do direito que lhe é anterior? Qual a “chave de leitura” usada pela Corte para apreender as inovações promovidas pelo texto constitucional?

A problematização ora proposta tem por ponto de partida dois núcleos decisórios do Tribunal Superior do Trabalho. O primeiro deles versa o entendimento da Corte acerca do preceito constitucional de isonomia de direitos entre os trabalhadores avulsos e os com vínculo de emprego permanente (art. 7º, XXXIV), focando-se a discussão no direito ao pagamento em dobro das férias irregularmente usufruídas. O segundo cuida de como o Tribunal interpreta as hipóteses legais de excludentes das normas de duração do trabalho, em especial o art. 62 da CLT, em confronto com o art. 7º, XIII, da Constituição.

A hipótese que anima o presente artigo é a possibilidade de identificação, nas decisões do TST, de uma prática argumentativa que rejeita a primazia da Constituição, conduzindo à prevalência de normas que lhe são anteriores (e contrárias), e que reduz o potencial inovador do texto constitucional. O que se verifica, em determinadas construções jurídicas do Tribunal, é um continuísmo discursivo, fundado em legislação pretérita, e que impede o reconhecimento judicial de certos direitos trabalhistas assegurados pela Carta de 1988. Em última análise, é deixado de lado o próprio papel da Constituição como critério *supralegal* de validade do direito.

## 1. De *obiter dictum* a “lei geral”: a Constituição nas decisões do TST

Entre as inovações da Constituição de 1988, em matéria de direitos trabalhistas, está a previsão de igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o avulso, como dispõe o art. 7º, XXXIV. Essa cláusula de igualdade serviria, em tese, para estender determinados direitos aos trabalhadores avulsos, que, exatamente por não possuírem vínculo de emprego permanente com o tomador dos seus serviços, não contavam com a proteção conferida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas como esse corte na história dos direitos trabalhistas vem sendo apreendida pelo Tribunal Superior do Trabalho? Sob qual luz o inovador preceito constitucional tem sido interpretado pela Corte? Quais filtros seletivos são interpostos na leitura da Constituição?

Para identificar o posicionamento do TST, seja quanto à leitura do dispositivo isonômico em si, seja quanto à própria apreensão da Constituição, parto de uma discussão bastante específica e (aparentemente) pontual: a extensão, ou não, aos trabalhadores avulsos do direito ao pagamento em dobro das férias quando forem elas irregularmente usufruídas, tal como previsto no art. 137 da CLT.

Em decisão recente, é possível constatar o posicionamento do Tribunal no sentido de que a “dobra das férias” não é devida ao trabalhador avulso. A ementa é esclarecedora:

FÉRIAS NÃO USUFRUÍDAS. PORTUÁRIO. PAGAMENTO EM DOBRO. Conquanto o art. 7º, inc. XXXIV, da Constituição da República disponha sobre a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, a este não se aplica o





art. 137 da CLT. Isso porque este dispositivo tem por destinatário o empregador, que está obrigado a estabelecer, durante o período concessivo, a época de fruição das férias do empregado. Com efeito, não há vínculo de emprego entre o trabalhador avulso e o órgão gestor de mão de obra, de forma que a este não se pode atribuir a responsabilidade pela não concessão de férias àquele.<sup>(1)</sup>

Em outro precedente, lê-se também o seguinte:

TRABALHADOR AVULSO. FÉRIAS. PAGAMENTO EM DOBRO. Inconteste que o art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal equiparou o trabalhador com vínculo de emprego e o trabalhador avulso, razão pela qual não se olvida que este, no campo jurídico, também faz jus ao gozo das férias, assim como ao pagamento em dobro quando não usufruídas no momento oportuno. No entanto, não se pode perder de vista as peculiaridades factuais que envolvem tais trabalhadores portuários avulsos que prestam serviços para vários tomadores de forma descontínua e intermitente, não trabalhando, em regra, doze meses seguidos para o mesmo empregador, de forma a cumprir o período aquisitivo para a concessão das férias, quanto menos o concessivo (art. 134 da CLT) para obtenção do direito à dobra prevista no art. 137 da CLT. Assim, é patente que, apesar da igualdade de direitos entre tais trabalhadores, conforme preconiza o art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal, não há como conferir ao trabalhador avulso portuário, cujo trabalho não se realiza de forma contínua, o mesmo direito que o trabalhador com vínculo de emprego no tocante à dobra de férias

prevista no art. 137 da CLT. Recurso de revista parcialmente provido.<sup>(2)</sup>

Chamo a atenção, inicialmente, para dois aspectos: i) a referência à Constituição é precedida, em ambos os casos, por uma fórmula adversativa (“*conquanto* o art. 7º, inc. XXXVI...”); e “*apesar da* igualdade de direitos...”), que serve de introdução à estrutura argumentativa que, em seguida, afastará a incidência do dispositivo constitucional, cuja referência, por sua vez, aparece, no conjunto do discurso, com força meramente retórica, ou, ainda, como uma espécie de *obiter dictum*,<sup>(3)</sup> ii) de forma paradoxal, o direito previsto no art. 137 da CLT, assim como o do art. 7º, XXXIV, da Constituição, é rejeitado exatamente pela inexistência de vínculo de emprego, no caso do trabalho avulso, ressaltando-se, por outro lado, “as peculiaridades factuais que envolvem esses trabalhadores portuários avulsos”, como fica explícito no segundo precedente mencionado. Aliás, nessa última decisão, destaca-se, como argumento importante na construção do raciocínio, o fato de o trabalho do avulso não se realizar “de forma contínua”.<sup>(4)</sup>

(1) RR 302700-20.2006.5.09.0411, Data de Julgamento: 1º.6.2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10.6.2011.

(2) RR 199400-45.2006.5.09.0022, Data de Julgamento: 1º.6.2011, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10.6.2011.

(3) Construção semelhante pode ser identificada nas decisões do Tribunal sobre o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição. Cf., a respeito, PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. A greve e sua conformação pelo TST: desvelando mentalidades. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. (orgs.). *O mundo do trabalho - leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 1, p. 65/76.

(4) No mesmo sentido: “PORTUÁRIOS. FÉRIAS. DOBRA. A despeito da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo de emprego permanente e o trabalhador avulso, assegurada no art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal, a princípio não há como conferir ao trabalhador avulso portuário, cujo trabalho não se realiza de forma uniforme, o mesmo direito que o trabalhador com vínculo de emprego com relação à dobra de férias prevista no art. 137 da CLT,





Não há dúvida de que uma interpretação diferente do texto constitucional pode aqui ser apresentada, no sentido de conferir maior efetividade ao preceito de isonomia referido no art. 7º, XXXIV. A propósito, o legislador ordinário tratou de distribuir as obrigações do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) no que diz respeito à arregimentação e direção do trabalho portuário avulso. A Lei n. 9.719, de 27.11.1998, que dispõe exatamente sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, estabelece regras que evidenciam competir ao OGMO o controle do tempo de trabalho do avulso. Assim é que o art. 5º da lei preceitua que “a escalação do trabalhador portuário avulso, em sistema de rodízio, será feita pelo órgão gestor de mão de obra”; o art. 6º atribui ao OGMO (bem como ao operador portuário) a verificação da presença dos trabalhadores avulsos constantes da escala diária; e o art. 8º, por sua vez, prevê que, na escalação diária, deverá ser observado o intervalo interjornada mínimo de onze horas.

Aquele diploma contém previsões, portanto, que denotam a atribuição do OGMO de, como dito, controlar o tempo de labor do trabalhador portuário avulso, inclusive no que diz respeito à fruição de intervalos. Não há razão, então, para se entender diferente com relação ao gozo das férias.

Entretanto, não é o objetivo deste artigo discorrer sobre essa possibilidade interpretativa acerca do art. 7º, XXXIV, da Constituição – o que, aliás, seria pouco produtivo. Na verdade, o que interessa aqui é tentar identificar uma possível “chave de leitura” do texto constitucional utilizada na argumentação desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho.<sup>(5)</sup>

---

tendo em vista as características próprias do trabalho avulso. Recurso de revista conhecido e provido, no tema”. RR 304600-41.2006.5.09.0022, Data de Julgamento: 3.3.2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12.3.2010.

(5) Com relação à ideia de “chave de leitura”, cf. GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*: o cotidiano e as

As decisões da Corte, mencionadas há pouco, afastam o preceito constitucional de igualdade de direitos sob o entendimento de que o trabalho portuário avulso contém peculiaridades, seja pela inexistência de vínculo de emprego, seja pela prestação de serviços a vários operadores portuários de forma descontínua e intermitente, seja, ainda, pelo labor realizado de modo não uniforme. Essa estrutura discursiva parece se fundamentar na *força do real, na força dos fatos*, para afastar a incidência da Constituição. Em última análise, isso significa que a igualdade de direitos prevista no art. 7º, XXXIV, é a *igualdade do possível*, ou seja, há *igualdade de direitos (apenas) na medida do possível*.

Talvez a chave de leitura do texto constitucional possa ser encontrada a partir de duas decisões menos recentes do Tribunal, cujas ementas enunciam o seguinte:

FÉRIAS EM DOBRO. TRABALHADOR AVULSO. Não se vislumbra a violação do art. 1º da Lei n. 5.085/1966, nem do seu Decreto Regulamentador n. 80.271/1977, e dos arts. 130, 134, 135 e 137, da CLT; e 7º, inciso XXXIV, da Constituição Federal. Não houve negativa do direito às férias remuneradas, tampouco o desrespeito à igualdade de direitos entre trabalhador com vínculo empregatício e o avulso. O Regional apenas interpretou os diversos preceitos legais que envolvem a questão da concessão das férias aos avulsos e concluiu, diante de premissas fáticas e jurídicas, que não era devido o pagamento da dobra de férias vencidas, acrescidas do terço constitucional. Tanto assim, que, analisando o art. 1º da Lei n. 5.085/1966, *verbis*: É reconhecido aos trabalhadores avulsos, inclusive aos estivadores, conferentes e consertadores de carga e descarga, vigias portuários, arrumadores e ensacadores de

---

ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição. Trad. de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 72.



café e de cacau, o direito a férias anuais remuneradas, aplicando-se aos mesmos, *no que couber*, as disposições constantes das Seções I a V, do Capítulo IV, do Título II, arts. 130 a 147, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º.5.1943, o Regional concluiu que considerando a máxima hermenêutica de que a lei não contém termos inúteis, a expressão *no que couber* autoriza a adequação da fruição do direito ao caso concreto. Recurso não conhecido.<sup>(6)</sup>

TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. FÉRIAS EM DOBRO. PROVIMENTO. A dobra prevista no art. 137 da CLT é cabível sempre que as férias forem concedidas após o prazo do art. 134 também da CLT, ou seja, nos 12 meses subsequentes à data em que o empregado adquirir o direito. Necessário que o empregado trabalhe todo o período aquisitivo e concessivo para o mesmo empregador. Em que pese a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, assegurada no art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal, não há como conferir ao trabalhador avulso portuário, cujo trabalho não se realiza de forma uniforme, o mesmo direito que o trabalhador com vínculo de emprego com relação à dobra de férias, tendo em vista a peculiaridade do trabalho avulso, que, de regra, não possibilita a prestação de serviços para um mesmo empregador por todo o período aquisitivo e concessivo. Não há pois que se falar em remuneração de férias em dobro. Recurso de revista conhecido e provido.<sup>(7)</sup>

Começo com o primeiro precedente. O TST confirmou o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho, que concluiu no

(6) RR 1710/2006-022-12-00, Rel. Min. José Simpliciano, 2ª Turma, julgado em 30.4.2008, DJ 16.5.2008.

(7) RR 353/2006-050-12-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, julgado em 30.4.2008, DJ 16.5.2008.

sentido de que o avulso não tem direito à dobra das férias, fundamentando o raciocínio no art. 1º da Lei n. 5.085/1966. Esse preceito legal – anterior à Constituição de 1988 –, transcrito na ementa examinada, estabelece que o disposto nos arts. 130 a 147 da CLT é aplicável aos trabalhadores avulsos “no que couber”. A conclusão argumentativa (implícita) é a de que a igualdade de direitos prevista no art. 7º, XXXIV, da Constituição também incide “no que couber” (ainda que, parece despidendo dizer, o texto constitucional não contenha a mesma condicionante referida naquele diploma legal).

Essa formulação também está presente na segunda decisão, como se infere, não tanto da ementa, quanto da fundamentação do acórdão. Esse precedente inicia a argumentação remetendo à Lei n. 5.085/1996 e a seu Decreto Regulamentador, de n. 80.271/77. Não obstante, destaca, em seguida, a inovação trazida pela Lei n. 8.630/1993, que alterou o regime de exploração dos portos organizados, criando a figura do OGMO, com a atribuição de registrar e definir a escala dos trabalhadores portuários. Invoca, ainda, a Lei n. 9.719/1998 para indicar que nem ela, nem a lei de 1993 dispõem sobre o gozo de férias ou remuneração em dobro quando elas não forem usufruídas, além de não conferirem ao órgão gestor responsabilidade pela concessão das férias. A conclusão se encaminha, então, para o seguinte:

(...) mesmo persistindo válida a legislação anterior em relação às férias, não restou atendido o plano da eficácia da norma. As alterações legais posteriores que instituíram o novo regime acerca da exploração dos portos organizados constituíram fator limitador à aludida eficácia, tendo em vista a escalação do trabalhador portuário avulso em sistema de rodízio. A Lei n. 5.085/1966 e o Decreto n. 80.271/1977 foram editados em momento anterior, com base na vigência de normas pretéritas e a eles contempo-





râneas, em que os sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais agiam como intermediários.

Em que pese o comando constitucional emanado do art. 7º, XXXIV, que determina a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, os trabalhador portuário avulso tem características que o distingue dos trabalhadores com vínculo de emprego.<sup>(8)</sup>

É curioso notar como, nesse último caso, a construção argumentativa é erigida exclusivamente sobre dispositivos legais (i.e., infra-constitucionais), sendo que a Constituição, em especial, o art. 7º, XXXIV, aparece como referência casual e retórica, ou, como já indicado, uma espécie de *obiter dictum*. Na verdade, a incidência do dispositivo constitucional é afastada exatamente a partir da articulação da legislação ordinária, que, por sua vez, forneceria a realidade “peculiar” do trabalho portuário avulso. O resultado, em última análise, é o reconhecimento, tal como no precedente anteriormente examinado, de que a cláusula da igualdade de direitos vale *na medida do possível*, ou, ainda, *no que couber*.<sup>(9)</sup>

(8) Outro argumento da decisão é o fato de que a Lei n. 8.630/1993 prevê o pagamento e o recolhimento prévio das férias pelo operador portuário ao órgão gestor de mão de obra, que as deposita mensalmente em conta vinculada especialmente aberta para esse fim. A tese, porém, não convence, seja porque, contrariamente ao pretendido, evidencia o controle que o OGMO pode exercer sobre as férias do trabalhador avulso, seja porque o raciocínio tem por consequência chancelar a realização de trabalho sem que haja fruição de férias, direito, aliás, igualmente previsto na Constituição de 1988 (art. 7º, XVII).

(9) No mesmo sentido das duas decisões acima: (...) RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE. DOBRA DE FÉRIAS. TRABALHADOR AVULSO. Apesar de existir norma constitucional que abriga o princípio da igualdade entre o trabalhador com vínculo de emprego e o trabalhador avulso, cada espécie de trabalhador detém características próprias, o que inviabiliza a absoluta igualdade de direitos entre eles. Desse modo, não se vislumbram as alegadas violações legais e constitucionais apontadas, na medida em que o Tribunal Regional, por meio de razoável interpretação dos diversos preceitos legais que envolvem a questão,

Algo semelhante, ou seja, um discurso similar sobre a Constituição é produzido pelo Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito às regras relativas à duração do trabalho. A questão, novamente, cuida de analisar como a Corte apreende a inovação proporcionada pelo texto constitucional de 1988.

É importante bem delimitar o problema. O art. 7º, XIII, da Constituição assegura aos trabalhadores urbanos e rurais “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Por sua vez, o art. 62 da CLT diz que “não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (...); II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão (...)”.<sup>(10)</sup>

Em face do preceito constitucional acima, a pergunta imediata a ser feita diz respeito à recepção do art. 62 da CLT pela Carta de 1988. A jurisprudência do TST é unânime: o dispositivo consolidado foi plenamente recepcionado pela Constituição. A ementa a seguir é elucidativa:

#### RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. GERENTE-GERAL

negou a aplicação do art. 137 da CLT ao caso, entendendo que não havendo contrato de trabalho, sequer há previsão de prazo de concessão de férias, e que a expressão “no que couber”, contida no art. 1º da Lei n. 5.085/1966, autoriza a adequação da fruição do direito ao caso concreto. Recurso de Revista não conhecido. TST-RR-1011/2004-030-12-00.5, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DEJT 12.6.2009.

(10) É importante esclarecer que o dispositivo está inserido no Capítulo da CLT que trata sobre a duração do trabalho e cujo art. 58 dispõe que “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.



DE AGÊNCIA. ART 62, II, DA CLT. SÚMULA N. 287 DO TST. (...), pela transcrição do acórdão regional empreendida no próprio julgado turmário foi revelado o conteúdo das provas oral e documental colhidas na instrução, dando conta de que se trata de trabalhador que exercia o cargo de gerente-geral de agência bancária, porém, submetido a controle de jornada, mediante registro em folhas de ponto. Desse modo, quanto ao mérito, afasta-se a possibilidade de incidência do art. 62, II, da CLT, uma vez que a presunção de que trata a Súmula n. 287 do TST foi elidida por esse conteúdo probatório. **Não se pode perder de vista que a garantia da constitucionalidade do art. 62 da CLT, frente ao que dispõe o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, é o fato de o empregado que ocupa encargo de gestão – na qualidade de “representante” da empresa –, poder autodeterminar a sua jornada laboral. O preceito celetista constitui exceção à disciplina da própria Lei Fundamental do país,** afigurando-se imprescindível, portanto, que o enquadramento obreiro em tal exceção ocorra sem mácula, hipótese diversa do caso presente. Apelo conhecido, não obstante a adoção da Súmula n. 126/TST pela Turma, mas desprovido em razão das folhas de ponto que serviram, inclusive, à definição da jornada laboral. Recurso de embargos conhecido e não provido.<sup>(11)</sup>

De acordo com o referido precedente, a previsão do art. 7º, XIII, da Constituição, seria geral e cederia diante do caráter excepcional do dispositivo consolidado.

Em outro precedente, a relação *norma geral/norma especial* entre a Constituição e a CLT é ainda mais explícita.

(11) E-ED-RR 16300-88.2003.5.04.0521, Data de Julgamento: 7.4.2011, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19.4.2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ART. 62, INCISO II, DA CLT – CONSTITUCIONALIDADE – ART. 7º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O art. 62, inciso II, da CLT continua vigorando, mesmo após o advento do art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal/1988, tanto que veio a ter sua regra de exceção ratificada, embora com alteração redacional, pela Lei n. 8.966/1994. **A norma constitucional é de caráter geral, mas não pulverizou aquelas de caráter especial e as que contemplam exceções, no que tange à jornada de trabalho.**<sup>(12)</sup>

Chama a atenção essa interpretação do texto constitucional, cuja norma, asseguradora de um direito fundamental, cede seu caráter imperativo diante da vontade do legislador ordinário. Nessa mesma linha de argumentação, vale conferir a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – HORAS EXTRAS – ART. 62 DA CLT – CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 7º, XIII, DA CF.

A Carta Política de 1988 previu a regra geral da jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais (CF, art. 7º, XIII). O art. 7º, XVI, da CF contempla a jornada extraordinária como exceção. Pela natureza dos serviços, algumas categorias de trabalhadores continuam com jornadas especiais, como é o caso dos aeronautas (11 a 20 horas, conforme o voo – Lei n. 7.183/1984), razão pela qual, pela natureza da atividade (serviços externos ou sem controle de jornada), alguns trabalhadores não fazem jus, em princípio, a horas extras. Nesse sentido, a tese obreira da inconstitucionalidade do art. 62, I e II, da CLT, em face

(12) AIRR 130240-81.2004.5.04.0202, Data de Julgamento: 3.2.2010, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.2.2010.





do art. 7º, XIII, da CF, carece absolutamente de embasamento.<sup>(13)</sup>

Aqui, a interpretação do texto constitucional é peculiar: a regra (“geral”) é a do art. 7º, XIII (duração de 8 horas diárias e 44 semanais), sendo que o art. 7º, XVI, traz, como exceção, a possibilidade de jornada extraordinária. A consequência seria, então, a de que alguns trabalhadores, diante da natureza da atividade desempenhada, não teriam direito às horas extras.

A expressão “trabalho normal”, contida na Constituição, pode ter um sentido diverso do que vem sendo desenvolvido pelo TST a partir da relação entre norma geral e norma especial. A referência constitucional a “trabalho normal” se opõe à de “serviço extraordinário”, prevista no inciso XVI do mesmo art. 7º. Para o constituinte, o que não for trabalho normal, isto é, prestado dentro dos limites de 8 horas diárias e 44 semanais, será labor extraordinário, ensejando remuneração como tal. Não parece haver espaço para jornadas “normais” de trabalho que excedam o mencionado parâmetro constitucional, tampouco para interpretações que vejam, em legislação infraconstitucional, o “excepcional” a que se contrapõe o “normal” referido no dispositivo da Constituição.

Além disso, o inciso XIII deve ser interpretado conjuntamente ao *caput* do art. 7º, que, por sua vez, remete a “outros” direitos “que visem à melhoria” da condição social dos trabalhadores. Partindo dessa premissa, o texto constitucional se abre tão somente a possibilidades que impliquem o reconhecimento de duração de trabalho inferior ao limite de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais – em outras palavras, a previsão do art. 62 da CLT acarreta o estabelecimento de condição social desfavorável aos traba-

lhadores, em contraste, portanto, com o texto constitucional.

Novamente, não interessa aqui simplesmente desenvolver outra possibilidade interpretativa do texto constitucional. Ao revés, o que impulsiona esta análise é a constatação de que, nesse exemplo da jornada de trabalho, a normatividade da Constituição é enfraquecida a partir da interpretação da legislação infraconstitucional. As causas para essa postura argumentativa do Tribunal Superior do Trabalho podem ser as mais variadas. Não obstante, talvez a chave de leitura para a compreensão do entendimento que o Tribunal confere ao inciso XIII do art. 7º da Carta de 1988 possa ser encontrada em outro lugar, ou melhor, em outro texto.

O problema enfrentado adquire nova complexidade quando se recorda que a ordem constitucional anterior, a de 1967, emendada em 1969, ao tratar da jornada de trabalho, estabelecia “duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, *salvo casos especialmente previstos*” (art. 165, VI). O texto expressamente abria a possibilidade para que o legislador ordinário estabelecesse exceções à regra da duração diária do trabalho, o que permitia afirmar a compatibilidade do art. 62 da CLT, bem como de outras previsões legislativas esparsas.<sup>(14)</sup> Até que ponto, porém, essa fórmula interpretativa terá sido incorporada, consciente ou inconscientemente, pelos discursos do TST produzidos sobre a Carta de 1988, que não prevê aquela mesma abertura?

Ao lado dessa indagação, permanece, então, o estranhamento gerado pela constatação de que o texto constitucional tem sua aplicação afastada a partir de uma construção argumentativa fundada em legislação que, além de

(13) AIRR 234840-68.2004.5.12.0029, Data de Julgamento: 31.10.2007, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 9.11.2007.

(14) Cf. também PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun. 2009.





infraconstitucional, é anterior e contrária à própria Constituição de 1988.

## 2. Possibilidades para o direito a partir da Constituição

Em ambos os conjuntos de decisões examinados, identificamos o mesmo fenômeno: a interpretação da Constituição de 1988 é condicionada pela legislação (infraconstitucional) que lhe é anterior (e contrária), seja para afirmar uma igualdade de direitos, entre trabalhadores com vínculo permanente e trabalhadores avulsos, “no que couber”, seja para dizer que o texto constitucional, na parte em que trata da duração do trabalho, corresponde a simples “regra geral”.

Mas, afinal, qual é a função da Constituição? Como a Constituição se relaciona com o direito que lhe é anterior? E será a constituição uma espécie de “regra geral” do ordenamento jurídico?

Para enfrentar essas questões, recorro aqui à perspectiva desenvolvida pela teoria dos sistemas funcionalmente diferenciados articulada por Niklas Luhmann.

De acordo com Luhmann, a Constituição é uma aquisição evolutiva improvável da sociedade moderna e que permite o acoplamento estrutural entre direito e política. A expressão “acoplamento estrutural” deve ser compreendida como a situação em que dois sistemas – no caso, direito e política, mas bem poderia ser direito e economia, ou, política e economia, por exemplo – especificam de modo bastante seletivo as possibilidades de “irritação” recíproca. O conceito de “irritação” refere-se à capacidade de um sistema de influir em seu ambiente, bem como de reagir a eventos produzidos no ambiente.<sup>(15)</sup>

(15) A distinção sistema/ambiente é fundamental para a compreensão da teoria luhmanniana. Cf., entre outras obras, LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007; e PAIXÃO, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A especificação seletiva propiciada pelo acoplamento estrutural entre direito e política significa que esses sistemas podem se referir um ao outro (ou seja, irritarem-se) tão somente pelos canais e vínculos estabelecidos pela Constituição, isto é, pela forma constitucional. As palavras de Luhmann esclarecem a implicação do vínculo constitucional entre direito e política:

a política, se se guia pelo sucesso de sua ação, não pode renunciar ao arsenal do direito que deve funcionar juridicamente e de cujo código binário [direito/não direito] não lhe é permitido se afastar ou desviar. O direito, mediante uma legislatura politicamente influenciável, adequa-se às contínuas pressões exercidas pela política e, com isso, conquista de reenviar para o iter político muitos impulsos para a sua modificação.<sup>(16)</sup>

O êxito desse acoplamento estrutural decorre exatamente da estabilização da forma constitucional. E isso tem uma consequência fundamental para o direito: a Constituição permite o fechamento operativo do sistema e, ao mesmo tempo, a sua religação com a política. Como indica Luhmann, a Constituição “é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou (...) à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles”.<sup>(17)</sup>

Aqui, torna-se oportuno o aprofundamento sobre a função que a Constituição desempenha para o sistema do direito. Para isso, é necessário indagar a respeito da própria novidade representada pela Constituição.

(16) LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996; p. 23. Ver também CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n 39, Belo Horizonte: UFMG, jan./jun. 2001.

(17) LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*, p. 4.





Niklas Luhmann situa o surgimento da Constituição – i.e., da forma constitucional – no contexto das revoluções burguesas do século XVIII, em especial a norte-americana. A Constituição, entretanto, não foi simplesmente planejada pelos revolucionários. Ela decorreu de uma necessidade tanto do direito quanto da política. A experiência histórica das colônias, repleta de pressupostos improváveis, conduziu à consolidação da ideia acerca da necessidade de uma lei que funcionasse como parâmetro de conformidade ou não conformidade ao direito por parte das demais leis e atos jurídicos. Esse, isto é, o caráter supralegal da Constituição, como critério de validade do restante direito, o traço mais significativo do constitucionalismo norte-americano.<sup>(18)</sup>

Ao mesmo tempo, porém, em que a Constituição adquire o status de supralegalidade, ela define um âmbito de regulamentação e reentra nesse último, na medida em que ela também é direito. A Constituição é, nessa medida, uma estrutura autológica, e contém uma regra muito específica para se relacionar com o demais direito: *em caso de contradição, a Constituição prevalece*. Ela está fadada, então, a se tornar “direito velho”.

(18) De acordo com Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi, “a noção moderna de Constituição, tal como surgida nos Estados Unidos da América, não tem precedente na história. Não é incorreto – ou nem sequer exagerado – afirmar que a *formalidade* constitucional é uma inovação fundamental introduzida no léxico político-jurídico da modernidade no fim do século XVIII. A consagração dos direitos fundamentais, a divisão de poderes e a limitação do governo são elementos importantes para a compreensão de todo o processo e para a afirmação do constitucionalismo moderno – mas *não* são determinantes do momento constitucional norte-americano, tampouco seu principal fruto. Na verdade, a própria ideia de que a constituição seja interpretada e vivida como uma norma supralegal, da qual dependa a validade de todos os outros atos normativos numa dada comunidade política, ‘é a invocação mais significativa do constitucionalismo na América’” (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB: Finatec, 2008. p. 92/93).

Essas ideias são assim esclarecidas por Luhmann:

Na América (...), em contraposição à situação jurídica inglesa, acentuava-se a unidade do texto constitucional redigido de forma escrita, o que requeria uma determinação conceitual que introduzisse uma distinção entre a *constitution* e o demais direito, em clara discrepância com o uso linguístico inglês. Tal como frequentemente se compreende, também neste caso, é uma distinção que possibilita que se deixe na indeterminação aquilo que se distingue. A Constituição não é senão este texto e nenhum outro. É de se acrescentar ainda que a ocasião da revolução política conduz à pretensão de se limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado, ou seja, à ruptura da onipotência do próprio Parlamento, o que, por sua vez, produz efeitos posteriores e constringe a que se conclua que a Constituição deva ser supraordenada em relação a todo o demais direito. Essa ideia só parece haver surgido após a Declaração de Independência de 1776. Portanto, ela deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito: no passado, havia, é certo, a ideia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a ideia de que houvesse uma lei que servisse de conformidade ou não conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Essa posição particular, no entanto, encontra a sua expressão no fato de que a Constituição, por sua vez, relaciona-se com o demais direito e contém uma regra de colisão para a hipótese de uma contradição entre ela e o demais direito. A Constituição atribui a si própria a primazia e **rompe com a regra segundo a qual *lex posterior derogat legi priori***. Essa estrutura “autológica”, que se autoinclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como



a Constituição encontra-se destinada a se tornar direito velho.<sup>(19)</sup>

A expressão “Constituição” passa a ser usada para designar a lei que funda todo o direito, relacionando-se, assim, à própria ideia de positividade do direito moderno, isto é, o direito pode ser criado apenas pelo direito. Há também uma ruptura com a noção jusnaturalista que pretende atribuir fundamentos externos ao direito. Com isso, o direito moderno torna-se autônomo, ou, ainda, operativamente fechado. Em última análise,

a Constituição – ao subverter a tradicional teoria da revogação das leis, dando primazia ao critério *lex superior derogat lege inferiori* em detrimento dos tradicionais *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* – propicia o autofechamento operacional do sistema jurídico.<sup>(20)</sup>

Quer isso dizer, então, que, no momento em que uma decisão judicial deixa de aplicar o princípio da primazia da Constituição, aplicando ao texto constitucional o critério segundo o qual “lei especial derroga lei geral”, o sistema do direito deixaria de ser fechado? Certamente que não. O problema, na verdade, é o tipo de comunicação que seria aí produzida. O *fechamento operativo implica que o sistema do direito, em suas operações (isto é, decisões), valha-se apenas de comunicações voltadas para o código direito/não direito*. O sistema se torna, portanto, “autopoiético”: ele se reproduz a partir de seus próprios elementos, e não de outra forma, ou seja, comunicação jurídica é (re)produzida tão somente a partir de comunicação jurídica.<sup>(21)</sup>

(19) LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*, p. 6/7.

(20) PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*, p. 163.

(21) Como esclarece Luhmann, “o sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito

Assim, no caso da decisão judicial indicada, teríamos inicialmente duas consequências possíveis. A operação (i.e., comunicação) produzida seria própria de outro sistema que não o direito, como a política, a economia, a moral, a religião, etc. Ou, por outro lado, o questionamento da validade do texto constitucional como critério *supralegal* do que é *direito e não direito* cairia numa tautologia (“é direito dizer o que é direito”) ou num paradoxo (“não é direito dizer o que é direito”).

O fechamento operativo do direito é, ainda, a condição necessária para que esse sistema possa se religar à política. É nesse sentido, como já apontado, que a Constituição é o mecanismo que propicia o acoplamento estrutural entre direito e política. A Constituição pode, então, ser “lida” tanto pelo direito, quanto pela política.<sup>(22)</sup> O sistema do direito funciona a partir de uma unidade entre autorreferencialidade (produção e reprodução

do não direito. A referência a esse código atribui a um tal sistema uma estrutura de comunicação. O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico”. Ver LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*, p. 9. Disso decorre também a possibilidade de “bloqueios comunicativos” quando argumentos estranhos ao sistema do direito (de natureza política, econômica, ou mesmo religiosa, por exemplo) são inseridos em decisões judiciais. Cf. CAMPILONGO, Celso. *Direitos fundamentais e poder judiciário*. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

(22) Na observação incisiva de Celso Campilongo, “a política é capaz de olhar para a Constituição com os olhos do sistema político, como quem tem a capacidade, por exemplo, de deter o poder constituinte originário, tem a capacidade de mudar a Constituição, tem a capacidade de tomar as decisões que vinculem a coletividade. Ora, o sistema jurídico, e particularmente os Tribunais, também olham para a Constituição, mas são capazes de olhar para a Constituição, ou pelo menos deveriam ser capazes de olhar para a Constituição, com os olhos do sistema jurídico, como quem tem a obrigação de efetivar os direitos garantidos constitucionalmente” (CAMPILONGO, Celso. *Direitos fundamentais e poder judiciário*, p. 108).





de comunicação jurídica) e heterorreferencialidade (acoplado, “via Constituição”, à política). Essa forma operacional diferenciada, resultado, portanto, do processo de diferenciação funcional do sistema, tem uma consequência fundamental para o direito moderno: *a abertura para o futuro*. Novamente, é o caso de dar a palavra ao próprio Luhmann:

A nova unidade de autorreferencialidade e de heterorreferencialidade em um espaço metalógico (imaginário, não suscetível de normatização) que fecha o sistema, tem como consequência uma transposição ou superação das perspectivas temporais. No lugar do passado coloca-se a abertura para o futuro. A abertura para o passado significa que qualquer argumento histórico mediante o qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos imemoriais é levado em conta. A abertura para o futuro significa, ao contrário, que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e **o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição.**<sup>(23)</sup>

Diante desse pano de fundo, qual seria, então, o papel dos tribunais? Na formulação teórica luhmanniana, os tribunais são organizações formais do direito, e ocupam o centro do sistema. Eles atuam a partir de operações (i.e., decisões) que produzem e reproduzem o código direito/não direito. Em outras palavras, os tribunais decidem entre direito e não direito. O fato de ocuparem o centro do sistema não significa que tenham

(23) LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*, p. 15 (grifei).

um papel mais ou menos importante. Na verdade, a distinção, aqui, entre centro e periferia do sistema (onde também é reproduzido o código direito/não direito) tem por função acentuar que, no âmbito do direito, os tribunais são as únicas organizações formais que estão constrangidas a decidir: ou seja, é vedado o *non liquet*.<sup>(24)</sup>

E ao decidir alocando os valores direito/não direito, cabe aos tribunais assegurar e confirmar expectativas normativas. Essas últimas distinguem-se, por sua vez, das expectativas cognitivas, que são aquelas predispostas ao aprendizado, em caso de desapontamento ou frustração. Ao revés, as expectativas normativas são aquelas que se mantêm na hipótese de desapontamento, possuindo caráter *contrafático*, pois não são predispostas ao aprendizado em caso de frustração. As normas jurídicas são, nessa descrição, “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”.<sup>(25)</sup>

Rapidamente se percebe que o aspecto *contrafático* é fundamental para o direito. A expectativa assegurada pela norma jurídica deve ser mantida mesmo em caso de violação da norma, cabendo, então, aos tribunais a função de reforço da expectativa, sob pena de descaracterização do próprio sistema jurídico. Isso não quer dizer, entretanto, que o direito tenha o papel de orientar comportamentos, mas, sim, de afirmar o direito. Aliás, “Kelsen já havia apontado que o objeto do direito não é diretamente a conduta humana, mas a internalização de um padrão de conduta. Ou seja: qualquer norma jurídica, enquanto tal, pressupõe a possibilidade de seu descumprimento. (...) É na hipótese de descumprimento de uma norma que o direito afirma sua

(24) Cf., a respeito, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006. cap. 7.

(25) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.



imperatividade”.<sup>(26)</sup> Como esclarece Celso Campilongo:

O sistema jurídico não assegura comportamentos. Por isso se diz que a norma jurídica não gera, por si só, atuação conforme ao direito. Não é a capacidade de guiar condutas que distingue o direito da religião, das relações de vizinhança ou da moral. A especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme à norma. Isso é importante para a cidadania, para a democracia e para a política. (...) Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito (...)<sup>(27)</sup>

(26) PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de Constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da revista jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 101.

(27) CAMPILONGO, Celso. A função política do Supremo Tribunal Federal. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 97/98. A função de assegurar expectativas normativas não tem qualquer relação com a ideia comumente difundida de certeza ou segurança jurídica. E isso por uma razão simples: princípios e valores (encerrados em normas positivadas) são vazios de conteúdo. Por conseguinte, a especificação dos seus critérios de aplicação demanda uma etapa posterior, de interpretação, a cargo dos aparatos organizacionais do sistema jurídico. Essa é a função do procedimento levado a cabo pelos tribunais. De acordo com Giancarlo Corsi, “o princípio da igualdade, para tomarmos o exemplo mais evidente, é universalmente aceito apenas porque, de fato, não oferece nenhum elemento para o seu reconhecimento. O reconhecimento da igualdade é deixado para o aparato organizacional e apenas através do procedimento podem ser construídos argumentos para que se decida se as diferenças encontradas são compatíveis com o princípio da igualdade. Dessa forma origina-se a incerteza sobre a decisão final que caracteriza e justifica as modernas burocracias. A certeza do direito, neste sentido, não é certeza de justiça, pelo contrário: quem pensa ter suficiente razão para promover um processo experimenta um grande temor (de todo modo justificado) diante daquilo que pode ocorrer quando suas boas razões são reconstruídas pelo procedimento. A certeza, em

No momento em que um tribunal recusa sua função de reforço de expectativas normativas, de afirmação de direitos, é o sistema jurídico que tem sua função, sua operatividade, bloqueada. Em última análise, abre-se mão do caráter *contrafático* do direito, isto é, renuncia-se à sua predisposição a não aprender com a frustração. Isso fica evidente nas decisões do TST examinadas acima, em que há rejeição do papel institucional de reforço de expectativas fundadas em direitos constitucionais trabalhistas. Para o Tribunal, ao contrário, a Constituição de 1988 encerra expectativas meramente cognitivas, que se impõem apenas “na medida do possível”, ou que estão predispostas a aprender em caso de frustração, ou, ainda, a aprender com as normas (também expectativas) jurídicas que lhe são anteriores, do que resulta o abandono da função da Constituição de critério *supralegal* definidor do que seja direito/não direito e da própria primazia do texto constitucional frente ao demais direito.

A consequência desse tipo de discurso é, portanto, o desgaste e o esvaziamento da normatividade dos direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição, os quais perdem exatamente a sua dimensão *contrafática*, ou seja, a possibilidade de se fazerem valer, em especial, nas hipóteses de seu descumprimento e violação.

### Considerações finais: para ver a Constituição

Toda observação implica fazer distinções. O sistema do direito, por exemplo, observa a realidade a partir de operações que distinguem entre direito e não direito. Entretanto, o observador não pode ver as distinções que ele mesmo utiliza para observar. Para o direito,

*outros termos, não é relativa ao conteúdo da decisão, mas apenas à oscilação da decisão entre positivo e negativo (vencer ou perder uma causa), cuja criação é precisamente a função do procedimento” (CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição, p. 7).*





isso quer dizer que o sistema, a cada operação, não pode indagar se a distinção entre direito e não direito é ou não direito. Nas palavras de Celso Campilongo, “esse é o seu ponto de partida ou sua estrutura latente, diria Luhmann. De modo paradoxal: o ponto cego não vê que não vê essa distinção”.<sup>(28)</sup>

Essa constatação – acerca do ponto cego – é válida para qualquer observação, inclusive quando nós (sistemas psíquicos, na terminologia de Luhmann) nos voltamos para a Constituição, o que exige uma tomada de consciência sobre o que, ao observarmos, deixa de ser visto. Para dizer novamente com Celso Campilongo, é o caso de “ver que não vemos aquilo que não vemos”.

A pergunta a ser feita é, então, com qual olhar nos voltamos para a Constituição. As decisões do TST selecionadas neste artigo evidenciam pressupostos, filtros, seleções que condicionam a leitura do texto constitucional. Na verdade, essa intermediação entre o texto e o leitor é inevitável. Mas, ao mesmo tempo, reconhecer a inevitabilidade dessa situação permite, em alguma medida, a seleção de determinados filtros (ainda que essa nova seleção nos cegue para outros filtros).

A jurisprudência examinada acima demonstra a utilização discursiva de pressupostos, de seleções, ou, ainda, de uma “chave de leitura” que incide num grave risco para o direito: a banalização do texto constitucional, em que a novidade trazida pelo constituinte de 1988 é esvaziada em prol de continuísmos.

O risco identificado neste trabalho passa ao largo de qualquer deficiência ou falta de clareza que possa ser atribuída à redação utilizada pelo constituinte. A indagação que se coloca é exatamente o que fazemos com a Consti-

tuição. Afinal, “há muito sabemos que textos constitucionais por si sós nada significam. O problema é o de qual aplicação somos capazes de dar a eles”.<sup>(29)</sup>

Para Jürgen Habermas, “o ato de fundação da Constituição é sentido como um corte na história nacional”, e, a partir dele, fundamenta-se um novo tipo de prática, que se destina à produção de uma comunidade política de cidadãos livres e iguais e que se determinam a si mesmos. A concretização do sentido performativo dessa prática demanda posteriores interpretações e aplicações das normas constitucionais.<sup>(30)</sup>

Aqui se põe o desafio de romper com determinadas práticas, atitudes mentais, hábitos. É necessário observar de maneira diversa aquilo que simplesmente parece normal. É o caso de identificar o *estranho* naquilo que é (ou foi) naturalizado. Segundo Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto:

Tradições, práticas e atitudes mentais são, a um só tempo, difíceis e fáceis de mudar. Fáceis de serem alteradas porque em uma sociedade moderna, ao contrário do que ocorre nas sociedades tradicionais, a eticidade torna-se reflexiva, ou seja, capaz de voltar-se criticamente sobre si própria. Bons costumes são apenas aqueles capazes de sustentação em um debate público, de serem aceitos por todos os seus potenciais afetados (de aceitabilidade). Todos os dias nós damos continuidade a práticas que passam por esse crivo e descartamos as que de agora em diante serão vistas como abusivas e discriminatórias. Por outro lado são extremamente difíceis de serem

(28) CAMPILONGO, Celso. “Aos que não veem que não veem aquilo que não veem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 18/19.

(29) PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de Constituição, p. 107.

(30) Cf. HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *Era das transições*. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 167.





modificadas enquanto persistirem não problematizadas, a integrar o pano de fundo de silêncio que sustenta e naturaliza o horizonte de significação do nosso agir e falar cotidianos, pois possuem, também no campo da política, uma imensa força de inércia capaz de, sempre silenciosa e sub-repticiamente, continuar a moldar mesmo a leitura das práticas alternativas constitucionalmente requeridas, subvertendo-as do avesso, ao reduzirem a sua novidade a uma forma vazia que permite que se acolha como conteúdo delas as antigas práticas que deveriam obviar, assegurando, assim, o continuísmo.<sup>(31)</sup>

No desenvolvimento de sua “pré-história” do *estranhamento* como procedimento literário, o historiador italiano Carlo Ginzburg recorre a um famoso texto de Michel de Montaigne, um ensaio intitulado *Sobre os canibais*. Montaigne fala dos relatos sobre os índios brasileiros, contando a história de três deles, que foram levados à França. Ao serem indagados, indicam dois fatos que lhes impressionaram. O primeiro deles é o de que “indivíduos adultos e armados (a guarda suíça) obedecessem a um menino (o rei da França), em vez de escolherem um verdadeiro chefe”. O segundo, por sua vez, é assim descrito:

[eles] perceberam que havia entre nós homens cheios até o pescoço de todo tipo de riquezas e que as metades deles estavam mendigando às suas portas, mirradas pela fome e pela pobreza; e achavam estranho que essas metades necessitadas pudessem tolerar tal injustiça e não agarrassem os outros pelo colarinho ou não tocassem fogo na casa deles.

Em seguida, vem, então, a bela observação de Carlo Ginzburg:

(31) PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de Constituição, p. 99.

Os índios brasileiros, incapazes de perceber o óbvio, tinham visto algo que costuma ser ocultado pelo hábito e pela convenção. Essa incapacidade de tomar a realidade como ponto pacífico deliciou Montaigne. Ele estava pronto a se interrogar sobre tudo, incessantemente, dos fundamentos da vida em sociedade aos mínimos detalhes da existência cotidiana. A surpresa dos índios brasileiros demonstrava até que ponto a sociedade europeia, marcada pela desigualdade política e econômica, estava distante daquela que Montaigne chamava de “ingenuidade original”. “*Naïf*”, *nativus*: o amor de Montaigne por essa palavra e sua respectiva aversão pela artificialidade nos levam ao *âmbito da noção de estranhamento*. *Compreender menos, ser ingênuos, espantar-se, são reações que podem nos levar a enxergar mais, a apreender algo mais profundo, mais próximo da natureza*.<sup>(32)</sup>

Essa perspectiva do *estranhamento* pode se revelar produtiva no que diz respeito à leitura da Constituição. Talvez estejamos diante de uma das hipóteses em que o direito pode (e deve) aprender com a literatura, o que nos permitiria *ver* a Constituição, isto é, observá-la como quem olha para “a sociedade com olhos distantes, estranhados, críticos”. Ainda como nos sugere Ginzburg, “o estranhamento é um antídoto eficaz contra um risco a que todos nós estamos expostos: o de banalizar a realidade (inclusive nós mesmos)”.<sup>(33)</sup>

## Referências bibliográficas

CAMPILONGO, Celso. “Aos que não veem que não veem aquilo que não veem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: GIORGI, Raffaele de. *Direito*,

(32) GINZBURG, Carlo. Estranhamento – pré-história de um procedimento literário. In: *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 29.

(33) GINZBURG, Carlo. *Estranhamento – pré-história de um procedimento literário*, p. 28 e 41.





*tempo e memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. A função política do supremo tribunal federal. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e poder judiciário. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 39. Belo Horizonte: UFMG, jan./jun. 2001.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição*. Trad. de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GINZBURG, Carlo. Estranhamento – pré-história de um procedimento literário. In: *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *Era das transições*. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. A Constituição como aquisição evolutiva. Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

PAIXÃO, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de Constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. A greve e sua conformação pelo TST: desvelando mentalidades. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves (orgs.). *O mundo do trabalho – leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 1.

PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun. 2009.





# Impetração de mandado de segurança na justiça do trabalho em face de ato do empregador estatal

Cláudio Dias Lima Filho<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ O texto aborda a possibilidade de impetração de mandado de segurança em face de decisões dos entes estatais que afetem os direitos de seus empregados públicos. Para tanto, baseando-se em preceitos do Direito Processual do Trabalho, do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, confecciona-se uma análise qualitativa das informações obtidas, buscando-se contrapor as perspectivas teóricas encontradas na doutrina e na jurisprudência tradicionais com outras formulações contemporâneas a respeito (método dialético), além de expor novas considerações acerca de campos pouco ou nada explorados a respeito do assunto (método hipotético-dedutivo). Objetiva-se, com essas providências, demonstrar a viabilidade de impetração do mandado de segurança em face de decisões advindas do empregador estatal, de modo a oferecer uma compreensão contemporânea da própria noção de ato administrativo na esfera do emprego público. Como resultado dessa análise, obtém-se a demonstração de que o entendimento preponderante na doutrina e jurisprudência formadas a respeito do tema mostra-se equivocado. Conclui-se, pois, que é cabível a impetração do mandado de segurança em face de ato do empregador estatal, desde que haja violação do chamado “direito líquido e certo” por meio de ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

## Palavras-chaves

- ▶ Mandado de segurança – justiça do trabalho – ato do empregador estatal.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações introdutórias
- ▶ 2. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência
- ▶ 3. O “ato de autoridade”

---

(\*) Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Trabalho com lotação na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região (Salvador/BA). Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC).





- ▶ 4. O “ato de gestão”
- ▶ 5. O ato do empregador estatal como ato de autoridade pública
- ▶ Conclusão
- ▶ Referências

## 1. Considerações introdutórias

A utilização do mandado de segurança na Justiça do Trabalho é prevista expressamente, porém de maneira lacônica, no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, competindo ao Tribunal Pleno julgar essa demanda originariamente, de acordo com o disposto no art. 678, I, “b”, item “3” da CLT. Sua impetração no Judiciário Trabalhista sempre foi bastante difundida, especialmente quando se trata/tratava de impugnação direcionada a decisões judiciais que não comportam/comportavam recurso imediato.

O manejo do mandado de segurança como “substituto” de recurso, diante da inviabilidade processual de impugnação imediata de certas decisões judiciais, tornou-se, pois, a hipótese mais “popular” de utilização, na Justiça do Trabalho, desse remédio constitucional. Daí porque se previa a fixação, baseada em critério funcional, de competência dos Tribunais do Trabalho (Regionais e Superior) para julgar essa demanda: como na quase totalidade das vezes a autoridade coatora era o Juiz do Trabalho, nada mais adequado do que direcionar essa manifestação atipicamente “recursal” à instância superior.

Os atos dos Presidentes dos Tribunais do Trabalho também se mostraram impugnáveis por meio do mandado de segurança, se não houvesse recurso específico previsto na legislação processual do trabalho. Nesse sentido firmou-se a interpretação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula n. 433, editada em 1964, segundo a qual “é competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de

seu presidente em execução de sentença trabalhista”.

Assim, o mandado de segurança, impetrado perante os Tribunais do Trabalho, em face de decisões dos magistrados trabalhistas, consolidou-se, na Justiça do Trabalho, como mecanismo destinado a impugnar *apenas decisões judiciais*. Diante disso, outra conclusão foi firmada: a de que o juízo trabalhista de 1º grau *não deteria competência para processar e julgar mandados de segurança*, visto que nenhuma outra autoridade – necessariamente judiciária, nessa perspectiva – estaria “sujeita à sua jurisdição”.

Esse panorama restritivo acerca da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o mandado de segurança foi radicalmente reformulado com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que incorporou enorme gama de competências a esse ramo do Poder Judiciário. Muitas dessas competências, passados mais de seis anos da mudança efetuada no art. 114 da Constituição, ainda carecem de compreensão mais acurada a respeito de seu alcance. E esse é o caso da competência constitucionalmente atribuída à Justiça do Trabalho para processar e julgar “os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição” (inciso IV).

A partir dessa Emenda, a doutrina especializada passou a entender que *autoridades não judiciárias também poderiam figurar como impetradas no mandado de segurança ajuizado perante a Justiça do Trabalho*. Os exemplos mais recorrentes dessa ampliação do rol de autoridades coatoras recaem sobre os *agentes da fiscalização do trabalho* (Auditores-Fiscais



do Trabalho e demais agentes com poder decisório no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, como o Ministro, o Superintendente e o Gerente Regional do Trabalho e Emprego<sup>(1)</sup>) e sobre os *membros do Ministério Público do Trabalho*<sup>(2)</sup>, desde que, em ambos

(1) “O inciso IV outorga competência à Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento dos ‘mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição’. O dispositivo inova ao eleger, como critério para a competência da Justiça do Trabalho para as ações de índole constitucional a que se refere, o critério da afinidade pela matéria, deslocando-o da qualidade dos sujeitos. Até a edição da EC n. 45, tais ações somente poderiam ser manejadas, na Justiça do Trabalho, contra atos de Juízes e Serventuários dos Órgãos Judiciais Trabalhistas. Com o advento da nova disposição constitucional, tal competência foi ampliada para alcançar quaisquer atos de autoridade (judiciária ou administrativa), desde que relacionados com matéria sujeita à jurisdição trabalhista. Assim, por exemplo, os atos de autoridades administrativas porventura relacionados com o exercício do direito de greve (inciso II), representação sindical (inciso III), ou penalidades administrativas impostas por órgão da fiscalização do trabalho (inciso VII) podem ser desafiados mediante ação própria, de caráter mandamental, na Justiça do Trabalho. É da Justiça do Trabalho, portanto, a competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato ilegal do Delegado Regional do Trabalho que torna subsistente auto de infração, ratificando multa indevidamente imposta ao empregador, ou contra ato do Ministro do Trabalho que inclui, de forma ilegal, o nome de empresário na ‘lista suja’ dos reincidentes na exploração de trabalho escravo, ou ainda contra ato de autoridade administrativa que importa interferência indevida no exercício da atividade sindical” (CORREA, Lélío Bentes. A reforma constitucional e a justiça do trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 306).

(2) “Desde logo se pode dizer que eventuais mandados de segurança envolvendo, por exemplo, a atuação do Ministério Público do Trabalho (em especial na condução de procedimentos administrativos, como os inquéritos civis) haverão de ser apreciados na Justiça do Trabalho. Dada a competência estabelecida no inciso VII, do art. 114, da Constituição Federal (‘as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho’), o julgamento de mandados de segurança impetrados contra Auditores Fiscais, por exemplo, também caberá à

os casos, sejam impugnadas decisões que se refiram às relações individuais e/ou coletivas de trabalho, visto que o art. 114, IV, da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, consigna ser impetrável o mandado de segurança na Justiça do Trabalho “quando o ato questionado envolver *matéria* sujeita à sua jurisdição”.

O presente estudo visa a acrescentar mais uma “autoridade não judiciária” a esse rol. E por isso, serão abordadas as possibilidades de impetração de mandado de segurança em face de decisões adotadas pelos *dirigentes dos empregadores estatais*, delimitando as hipóteses em que o manejo do *mandamus* pelo empregado público será viável quando este trabalhador deparar-se com violação a seu “direito líquido e certo” por ato eivado de ilegalidade e/ou abuso de poder.

## 2. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência

A jurisprudência trabalhista majoritária e a doutrina especializada têm entendido que atos dos empregadores estatais não podem ser impugnados pela via do mandado de segurança, visto que, conforme noção tradicional a respeito do tema, esses atos, uma vez estando no âmbito de uma relação de trabalho regida pelo *direito privado*, não poderiam ser tidos como “atos de autoridade pública”. Veja-se, nesse sentido, o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Não se considera autoridade coatora, *v. g.*, o dirigente de uma empresa pública que pratica determinado ato trabalhista (transferência ilegal, por exemplo) na condição de representante legal daquela, pois, neste

Justiça do Trabalho” (SIMON, Sandra Lia. A ampliação da competência da justiça do trabalho e o ministério público do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 349-350).





caso, ele apenas representa o empregador, que é pessoa jurídica de direito privado<sup>(3)</sup>.

Corroborando esse posicionamento, também se expressa Sergio Pinto Martins:

Autoridade coatora no processo do trabalho será o juiz do trabalho ou o juiz de Direito investido nessa condição, o diretor de Secretaria, o diretor geral do TRT, ou outro funcionário da Justiça do Trabalho ou auditor fiscal do trabalho que tenha violado direito líquido e certo de outrem. Não é autoridade coatora o empregador estatal que, nesse ponto, age como qualquer pessoa que contrata empregados, tendo de se submeter às regras do Direito do Trabalho.<sup>(4)</sup>

A jurisprudência não discrepa desse entendimento, conforme se verifica nesse recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ATO DE GESTÃO. Verifica-se que houve a impetração de mandado de segurança contra ato de autoridade pública estadual, qual seja, ato da Presidente da Comissão de Concurso Público da Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR, sociedade de economia mista, visando a contratação de empregado público. Trata-se, à evidência, de ato de gestão. Desse modo, é incabível a via do mandado de segurança. Recurso de revista conhecido e provido.<sup>(5)</sup>

Em síntese esclarecedora sobre esse ponto de vista, pronuncia-se Manoel Antonio Teixeira Filho:

A configuração da “autoridade coatora”, para os efeitos da ação de mandado de segurança, encontra-se indissolúvelmente ligada ao *status* do órgão que age com parcela de *poder público*. Duas conclusões imediatas extraem-se desse postulado: em primeiro lugar, a de que, embora remotamente, o particular pode ser indicado como autoridade coatora, desde que o ato molestador de direito líquido e certo tenha sido praticado no exercício de funções delegadas do poder público, como acontece, por exemplo, com os diretores de estabelecimento particular de ensino superior. De igual maneira, exerce funções delegadas do Poder Público o estabelecimento bancário particular contratado para realizar o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos; em segundo, a de que somente os denominados *atos de império* ensejam a impetração de mandado de segurança. Assim o é porque, mediante os atos dessa natureza, a Administração Pública ostenta, finalisticamente, uma posição de preeminência jurídica em face do particular, ao qual impõe a sua vontade. Já os atos ditos *de gestão* são os praticados pela Administração em condições de igualdade com o particular – igualdade no plano das relações jurídicas *materiais*. Se a Administração Pública, por exemplo, demite [*sic*] um servidor contratado pelo regime da CLT, este não pode fazer uso da ação de mandado de segurança (perante a Justiça comum) para obter a sua reintegração no emprego, porquanto a ruptura do contrato de trabalho traduz ato de gestão. Logo, a sua pretensão deveria ser exercida na Justiça do Trabalho por meio de ação ordinária. Estabelecia, a propósito, a Súmula n. 195 do antigo TFR que “o mandado de segurança não é meio

- (3) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.119.
- (4) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 508.
- (5) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 8300340-79.2006.5.09.0021*. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consulta\\_unificada2/proc-RR%20-%208300340-79.2006.5.09.0021](http://aplicacao5.tst.jus.br/consulta_unificada2/proc-RR%20-%208300340-79.2006.5.09.0021)> Acesso em: 30.4.2011.



processual idôneo para dirimir litígios trabalhistas”.<sup>(6)</sup>

Diante dessas perspectivas, devem-se indagar as razões pelas quais essas posições foram adotadas. Afinal, porque doutrina e jurisprudência posicionam-se no sentido de que é *incabível o mandado de segurança contra ato do empregador estatal*, entendendo que *suas decisões, desprovidas de “autoridade”, são meros “atos de gestão”*?

### 3. O “ato de autoridade”

A antiga Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533/1951) disciplinava ser autoridade “os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções” (art. 1º § 1º). Em 1982, a Lei n. 6.978 alterou a redação desse dispositivo, para conceber “autoridade” como sendo “representantes ou órgãos dos Partidários Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”. Por fim, em 1996, esse mesmo art. 1º § 1º foi novamente alterado, dessa vez pela Lei n. 9.259, para dispor que o conceito de “autoridade” deveria compreender “os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”.

A atual Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) concebe como autoridade “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser

respeito a essas atribuições”, mantendo praticamente incólume a concepção firmada pelo legislador de 1996.

Já a doutrina clássica, tomada aqui pelo seu mais conhecido expoente, Hely Lopes Meirelles, firmou o seguinte conceito sobre o que viria a ser uma “autoridade”:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.<sup>(7)</sup>

Assim, para a doutrina clássica acerca do assunto, *autoridade é um agente público dotado de poder decisório conferido pelo ordenamento jurídico*. Idêntica orientação seguiu a Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), ao consignar que autoridade seria “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão” (art. 2º, § 2º, III). Disso se percebe que *não se diferencia a autoridade pelo regime jurídico a que ela se submete* – se “de direito público” ou de “direito privado” – bastando, para configurá-la como tal, a existência da prerrogativa de *decidir*.

Nem toda *decisão*, porém, deve ser tida como reveladora de um ato de autoridade. E

(6) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III, p. 2.947.

(7) MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 31. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 36.





necessário que essa decisão seja enunciada no exercício de uma *função administrativa*, conceito enunciado da seguinte forma por Celso Antonio Bandeira de Mello:

*Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.*<sup>(8)</sup>

Mais uma vez se percebe que, pela concepção acima traçada, *não há qualquer inferência ao regime jurídico adotado pelo Estado, tampouco à natureza jurídica – se de direito público ou privado – que a pessoa estatal deve revestir-se para exercer função administrativa.* Isso porque *não é a natureza da entidade ou da vinculação funcional* que delimita a concepção de autoridade pública, mas sim *o fato de estar o agente público no exercício da função administrativa, sendo-lhe conferido poder decisório.*

No mesmo sentido posiciona-se Marçal Justen Filho:

Usualmente, as ações ou omissões são praticadas por agentes estatais, investidos formal e permanentemente numa posição. Mas isso não significa que o mandado de segurança seja instrumento de questionamento apenas dos atos dos agentes políticos ou de servidores públicos. Se uma entidade privada, integrante da Administração Pública, indireta ou não, for investida das competências próprias do Estado, caberá o mandado de segurança.<sup>(9)</sup>

Tem-se, assim, que é irrelevante, para fins de caracterização da *autoridade pública*, potencial autoridade coatora, perquirir-se a respeito de sua posição no organismo estatal ou a respeito de sua vinculação funcional com o Estado e/ou com os cidadãos potencialmente lesáveis pelos seus atos praticados com ilegalidade e/ou abuso de poder. Basta que essa autoridade detenha *poder de decisão a respeito do exercício de uma função administrativa*. Estando presente essa característica, inarredável a sua qualificação como *autoridade pública*.

#### 4. O “ato de gestão”

Apesar de a natureza jurídica do ente estatal não ter qualquer relevância para caracterizar o exercício ou não de *função administrativa*, consagrou-se a noção de que “o ente público, ao contratar pelo regime da CLT, despe-se do seu *jus imperii*, equiparando-se ao empregador da iniciativa privada, para todos os efeitos, sujeitando-se à legislação que rege as relações laborais”<sup>(10)</sup>.

Essa “equiparação” ao empregador privado decorre do fato de que tradicionalmente o Direito do Trabalho é tido, ao lado do Direito Civil e do Direito Empresarial, como ramo do *direito privado*, de modo que os atos praticados nos domínios justralhistas são tidos, mesmo quando num dos polos consta entidade estatal, como “ato de direito privado”, “ato de Administração *lato sensu*” ou, ainda, como “ato de gestão”. Em contraponto, a fórmula do *jus imperii* seria utilizada para caracterizar os chamados “atos de império”, que seriam, como se pode perceber, tidos como inaplicáveis numa relação de emprego, ainda que o empregado fosse ente estatal.

(8) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36. Destaques conforme o original.

(9) JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 761.

(10) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 329149-50.1996.5.02.5555*. Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 8 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20329149-50.1996.5.02.5555>> Acesso em: 30.4.2011.



Cumpra, pois, diferenciar sucintamente os conceitos ora contrapostos.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, os atos de império “seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular [...], sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum”<sup>(11)</sup>. Já os atos de gestão “seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços”<sup>(12)</sup>.

A teorização clássica acerca do ato administrativo foi articulada com base nos atos de império. Apenas nessa situação é que se teria “Administração Pública agindo com poderes administrativos”. Os atos de direito privado – ou atos de gestão – não poderiam, pois, ser tidos como atos administrativos, já que faltante o *jus imperii* para configurá-los como tais<sup>(13)</sup>.

Essa diferenciação, contudo, para fins de caracterização das decisões estatais, mostra-se completamente anacrônica, já que reflete uma situação típica de realidades político-jurídicas anteriores ao Estado de Direito, em que o Estado – e o governante – não eram responsabilizados pela prática dos atos “típicos

da supremacia estatal”. Veja-se como se pronuncia Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito dessa distinção:

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado.<sup>(14)</sup>

É o que se convencionou denominar de *teoria da dupla personalidade do Estado*, inspirada na formulação acerca da chamada “Teoria do Fisco”. Tanto numa quanto noutra teorização, haveria a cisão do ente estatal em Estado “de direito público” e Estado “de direito privado”. Veja-se a formulação de Maria Sylvia Zanella di Pietro a respeito:

Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império; o primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais. Com isto, muitas das relações jurídicas em que a

(11) PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 182.

(12) *Op. cit.*, p. 183.

(13) “Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestido forma legal” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 127).

(14) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 423.





Administração era parte passaram a ser regidas pelo direito civil e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação com o príncipe. Estes tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, todos eles fundamentados no direito privado. Na realidade, não havia outro direito além do direito civil.<sup>(15)</sup>

Constata-se, assim, que *somente se concebiam relações jurídicas entre Estado e particulares no campo do Direito Civil*. O Direito Administrativo, nessa formulação, *pressupunha tão somente a sujeição do indivíduo ao Estado*, o qual, em relação à prática de “atos de direito público”, era irresponsável e indemandável. Assim, o cidadão sequer poderia questionar judicialmente certos atos, visto que *não haveria como se pretender a obtenção de reconhecimento de direitos em face do Estado*.

Algumas poucas vozes levantam-se contra essa malfadada distinção, para apontar o anacronismo dessa distinção entre “ato de império” e “ato de gestão”. É o caso de João Batista Gomes Moreira:

O primeiro passo é a eliminação da dicotomia (verdadeiro muro de Berlim), de índole racionalista, existente no interior da Administração Pública. A classificação da gestão administrativa em pública e privada serve menos à preservação de uma faixa para as liberdades e a igualdade que de anteparo contra o avanço democrático, sem contar que a visão civilística de um setor da Administração perpetua o ranço patrimonialista. Com o mesmo fundamento deve ser abandonada a concepção de dupla personalidade do Estado. A teoria do fisco ofereceu excelentes préstimos na instituição do Estado de Direito, mas, hoje, sua perpetuação sob a roupagem de dupla personalidade do Estado serve de

justificação à persistência de práticas autoritárias (excesso de poder) e patrimonialistas (desvio de poder). É uma operação difícil, porque acha-se arraigada na cultura jurídica a atitude de construir a teoria do Direito Administrativo tendo como referência, sempre, o Direito Civil. Custa reconhecer que revela reminiscência autoritária definir o Direito Administrativo sob o prisma das prerrogativas de poder, e que é resquício patrimonialista pensá-lo à imagem e semelhança do Direito Civil. A finalidade pública como ideia central da Administração e do Direito Administrativo resgata-os de qualquer dessas distorções.<sup>(16)</sup>

Constata-se, pois, que, num Estado Democrático de Direito, essa distinção não há como perdurar. Doutrina e jurisprudência tradicionais mostram-se alheias à necessidade de *atualizar a concepção acerca do que seja ato administrativo*, de modo a conceber que esse ato é uma decisão adotada no exercício da função administrativa, entendida esta de maneira ampla, para abarcar toda a atividade realizada por órgãos administrativos, inclusive a prática de atos “regidos pelo direito privado”<sup>(17)</sup>.

(15) PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 26.

(16) MOREIRA, João Batista Gomes. Regime dos contratos da administração pública. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 49-65, jan./mar. 2000.

(17) “Do que foi até aqui exposto, concluímos que o ato administrativo é uma declaração realizada no exercício da função administrativa; desde que, porém, por função administrativa tenhamos entendido, entre outras coisas, como toda a atividade realizada por órgãos administrativos, isso implica a que nos refiramos agora a uma antiga distinção vigente no direito administrativo: a possibilidade de que um órgão administrativo atue sob a regência do direito privado” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2004. p. II-27 – II-28. t. 3 – El acto administrativo). No original em espanhol: “De lo hasta aquí expuesto concluimos que el acto administrativo es una declaración realizada en el ejercicio de la función administrativa; pero puesto que por función administrativa hemos entendido, entre otras cosas, toda la actividad realizada por órganos administrativos,





Essa necessidade de “amplificar” o conceito de *ato administrativo* para além das fronteiras dos meros “atos de império” decorre do fato, facilmente constatável na prática, de que *mesmo sob a roupagem do direito privado, a Administração Pública desempenha competências que lhes são próprias e inconfundíveis com as prerrogativas e direitos dos particulares*. Não há, pois, como se conceber que um trabalhador concursado que tenha sua admissão e sua vinculação ao Estado condicionada à observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*) e ao cumprimento da exigência do regular concurso público (art. 37, II, da Constituição) seja regido integralmente como se trabalhador privado fosse. O simples fato de ser o vínculo entre trabalhador e empregador estatal regido por normas tidas como sendo de “direito privado” não desnatura essa conclusão.

Lamentavelmente, porém, a vigente Lei do Mandado de Segurança – Lei n. 12.016/2009 – pareceu encampar essa concepção, ao dispor que “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público” (art. 1º § 2º). Diz-se “pareceu” porque não se tem exatamente o conceito adequado acerca do que seria esse “ato de gestão *comercial*”, nem se “todo ato de gestão é comercial”. Mas é uma concepção que reafirma noções já desatualizadas no vigente Estado Democrático de Direito, em que não se pode pretender “cindir” o Estado em “dois entes”: um público (cuja arbitrariedade poderia ser combatida pelo mandado de segurança) e um privado (infito a essa garantia fundamental).

Essa restrição advinda pela lei de 2009 torna-se ainda mais gravosa – e incons-

---

corresponde que nos referimos agora a uma vieja distinción en el derecho administrativo: la posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado”.

titucional – quando se verifica que o art. 5º, inciso LXIX da Constituição, segundo o qual o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” não restringe o manejo do *mandamus* a “ato de império” ou a “ato de gestão”. Não por acaso essa restrição está sendo combatida perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.296, de 2009, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil<sup>(18)</sup>. Infelizmente, a considerar a tendência tradicionalista da doutrina e da jurisprudência a respeito do assunto, dificilmente se pode apostar em êxito da OAB nessa postulação, embora seja ela inteiramente adequada à compreensão contemporânea do Direito Administrativo e da amplitude dos direitos e garantias fundamentais.

## 5. O ato do empregador estatal como ato de autoridade pública

Nos casos em que se invoca o “direito privado” para reger as relações entre a Administração e os indivíduos, essa feição privatística geralmente afeta apenas o *objeto* do ato estatal, remanescendo incólume a *aplicação dos preceitos de direito público* quanto a outros aspectos dessa providência adotada pelo Estado – a *competência*, e a *forma*, por exemplo. O ato pode ser de *caráter misto*, portanto. Mas *jamaiz* deve deixar de ser regido pelos preceitos do *direito público*, no todo ou em parte.

Essa é uma ideia desenvolvida pelo jurista argentino Agustín Gordillo:

Não negamos completamente a possibilidade de que o direito privado seja em certos

---

(18) O processo pode ser consultado no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3755382>>.



casos aplicável às ações dos órgãos administrativos, mas argumentamos que isso não justifica que se diga que em tais casos os atos dos órgãos administrativos sejam atos jurídicos de direito privado e estejam excluídos da definição de ato administrativo. Cabe destacar, com efeito, que nas hipóteses que parte da doutrina aponta, o direito privado aplica-se somente em relação ao objeto do ato praticado pela administração; e que em todos os casos é invariável a aplicação do direito público no que concerne à concorrência, vontade e forma. A afirmação anterior tem sido igualmente aceita por aqueles que defendem a existência de atos civis da administração; mas uma afirmação talvez exclua a outra: se o principal do regime aplicável ao ato é o direito público, não se pode *juridicamente* chamá-lo de *ato de direito privado*. Esta primeira observação é suficiente para apontar a impropriedade de se considerar a existência de atos de direito privado da administração. Poder-se-ia, no máximo, apontar que certos atos serão mistos, regidos em parte pelo direito público (competência, vontade, forma) e em parte pelo direito privado (objeto). Se faltar a competência, cai todo o ato que o direito privado poderia ter dissimulado. Isso, sem dúvida, indica a prevalência que nesses casos o direito público tem sobre direito privado na regulação jurídica do ato. A competência apresenta-se como uma condição prévia e necessária para poder falar-se em ato; a competência, pois, corresponde a existência mesma do ato. É possível vislumbrar facilmente que se o direito privado não chegou a sustentar juridicamente o objeto de um ato praticado por um órgão público, a sua juridicidade pode surgir todavia no direito público; mas se o direito público não confere suporte jurídico à competência exercida, não pode o direito

privado reparar o ato quanto à sua validade.<sup>(19)</sup>

Segundo sua teorização, portanto, um ato estatal tido como “privado” poderia ser fulminado juridicamente quanto à ocorrência de um vício concernente a um aspecto de direito público – relacionado à *competência*, por exemplo – mantendo-se, porém, regular sob o aspecto “privado”. Diante das amarras formais impostas pelo direito público, concebe-se que esse ato, *embora regular sob o ponto de vista do direito privado*, não pode ser

(19) No original em espanhol: “No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos, pero sostenemos que ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo. Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que parte de la doctrina indica, el derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración; y que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma. La afirmación precedente ha sido aceptada también por quienes propugnan la existencia de actos civiles de la administración; pero una afirmación tal vez excluye la otra: si lo principal del régimen aplicable al acto es el derecho público, no puede *juridicamente* llamárselo *acto de derecho privado*. Esta primera observación basta para señalar la improcedencia de considerar que existan actos de derecho privado realizados por la administración. A lo sumo, podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto). Si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber cohonestado. Ello señala sin lugar a dudas la prevalencia que en estos casos tiene el derecho público sobre el derecho privado en la regulación del acto. La competencia se presenta como una condición previa y necesaria para poder hablar de acto; la competencia hace pues a la existencia misma del acto. Es posible advertir fácilmente que si el derecho privado no llegara a sostener *juridicamente* al objeto de un acto dictado por un órgano público, la juridicidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la conformidad a derecho de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2004. p. II-29 – II-30. t. 3 – El acto administrativo).



convalidável por causa do vício que atinge a *competência* para praticar o ato. Assim, *mesmo nos atos estatais tidos como “privados”, o direito público está presente, e de maneira preponderante na definição do regime jurídico desse ato, que só pode ser caracterizado como “ato administrativo”*.

O fato de o vínculo do empregado com o Estado ser “híbrido” (influxos de regras e princípios de direito público e direito privado) reforça essa constatação, pois a relação de emprego, embora seja *materialmente* atrelada às disposições justralhistas (tradicionalmente encaradas como sendo de *direito privado*), as “partes contratantes revelam como peculiaridades formais tanto a posição assumida pela entidade patronal dentro da estrutura da Administração Pública, como o papel desempenhado pelo empregado no exercício da sua função laboral”<sup>(20)</sup>.

Assim, embora no Direito do Trabalho seja prevalecente a *autonomia da vontade*, como classicamente se concebe quando se aborda o direito privado, essa *autonomia* não vigora, para o empregador estatal, na contratação trabalhista efetuada pela Administração Pública, não sendo possível conceber, pois, a existência de *poder potestativo para admitir, transferir ou despedir abusivamente o empregado estatal* <sup>(21)</sup>.

(20) TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 326.

(21) “[...] o Estado não se transforma e nem pode se transformar em empregador comum pelo fato de contratar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal opção não afasta a incidência de princípios e regras constitucionais aplicáveis onde se manifestar o exercício de função administrativa. O poder potestativo, como concebido no direito do trabalho, não cabe onde comanda a denominada relação de administração. O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade que, aliás, é irrelevante no que atine aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada. Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma

Deve o administrador público, portanto, estar submetido aos princípios constitucionais da Administração Pública e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais se apresenta a vedação à *arbitrariedade*.

Consigne-se, ainda, que essas afirmações são aplicáveis tanto às entidades estatais de direito público (União, Estado, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas) quanto às entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), afinal todas elas ingressam no conceito de *entidade estatal*. Tem-se, pois, que, em qualquer caso, a prática de decisões estatais eivadas de ilegalidade e/ou abuso de poder em face do empregado estatal, conquanto reflita uma situação contratual de um ramo do *direito privado* (o Direito do Trabalho), é *ato administrativo*, já que devem estar previstos todos os requisitos formais “publicísticos” para tanto, independentemente de o seu objeto ser caracterizado como “privado”.

No que concerne às pessoas estatais de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista referidas no art. 173 da Constituição, *estas também são classificadas como “privadas” em razão do seu objeto* (exploração de atividade econômica), e não quanto às demais formalidades estruturais e operacionais próprias do direito público. Daí porque também praticam *ato administrativo* quando *admitem* (inclusive – e principalmente – quanto aos atos relacionados ao concurso público), *transferem* (cabendo ressaltar que mesmo na esfera “puramente privada” os atos de transferência do empregado não podem ser abusivos, já que imprescindível a real necessidade do serviço para essa providência, nos termos do art. 469 § 1º da CLT), *despedem* (sendo inconcebível a mera dispensa

trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, a hipótese jamais ocorre” (FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 133).





imotivada dos empregados estatais diante dos princípios constitucionais da Administração Pública, bem como à vista da consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, que veda qualquer prática estatal arbitrária<sup>(22)</sup> ou, de qualquer forma, violam indevidamente, por meio de *decisões estatais*, os direitos desses empregados.

Quanto às empresas estatais que prestam *serviço público* (art. 175 da Constituição), a essas devem ser aplicadas as mesmas considerações. Perceba-se que nessa situação a exigência de vinculação ao direito público é ainda mais realçada quando em comparação com as entidades estatais *exploradoras de atividade econômica*. Isto porque a prestação de serviço público é uma satisfação à sociedade que deve ser cumprida *diretamente pelo Estado*. Como o serviço público prestado pelo Estado não ingressa no mercado concorrencial, *não há porque disciplinar os atos administrativos dessas empresas como sendo “ato privado”*. Não por acaso, já há vozes na doutrina que pugnam pelo reconhecimento da *personalidade jurídica de direito público* a essas entidades *prestadoras de serviço público*, que somente seriam carac-

terizadas como de “direito privado” a partir de uma “ficção jurídica”<sup>(23)</sup>.

Vê-se, pois, que o regramento a respeito do assunto é homogêneo, não distinguindo entre empregador estatal “público” ou “privado”, para fins de caracterização da “autoridade pública” que poderia figurar como coatora.

## Conclusão

Assim, em relação a *qualquer dos empregadores estatais, sejam eles “de direito público” ou “de direito privado”*, as decisões administrativas eivadas de ilegalidade e/ou de abuso de poder podem – e devem – ser impugnadas por mandado de segurança, impetrável na Justiça do Trabalho, devendo ser tida como anacrônica a ideia de que essas práticas são meros “atos de gestão”. Como se constatou, a ideia do “ato de gestão” contraposta à noção de “ato de império” decorre de uma realidade administrativa sepultada definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro, seja em face da amplitude da garantia fundamental do mandado de segurança, seja porque, em relação aos seus empregados, o Estado jamais dispõe da mesma “liberdade gestora” que se

(22) Não é essa a orientação pacificada na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se verifica pela Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-1: “SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. 2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”. Essa formulação foi analisada e devidamente criticada em outro escrito do autor deste texto. Para tanto, conferir: LIMA FILHO, Cláudio Dias. Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, v. 33, p. 126-143, jan./mar. 2010.

(23) “[...] na interpretação do texto constitucional avulta esse aspecto: a Constituição somente prevê a existência de empresas públicas ou sociedades de economia mista gerindo atividades econômicas simples, não assim explorando serviços públicos industriais ou comerciais. Dito de outra forma, o legislador constituinte não acolheu a constituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista para a exploração de serviços públicos industriais ou comerciais como sendo algo natural ao sistema orgânico da Administração Pública. [...] Conclui-se, pois, que, quando o legislador ordinário cria uma empresa pública (*lato sensu*) para gerir serviço público industrial ou comercial diante do texto constitucional brasileiro, ele comete uma impropriedade jurídica flagrante, devendo então a personalização privada que a lei correspondente operar ser tomada por simulação jurídica” (MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 260). No mesmo sentido: DELLAGNEZZE, René. *Empresa pública*. Taubaté: Cabral, 2004. p. 165-168.



atribui classicamente ao empregador privado comum. É dizer: as decisões estatais direcionadas aos empregados públicos decorrem do exercício de uma *função administrativa*. E, assim sendo, são caracterizadas como “ato de autoridade pública” para fins de impetração do mandado de segurança na Justiça do Trabalho.

## Referências

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 329149-50.1996.5.02.5555*. Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 8 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20329149-50.1996.5.02.5555>> Acesso em: 30.4.2011.

\_\_\_\_\_. *Recurso de Revista n. 8300340-79.2006.5.09.0021*. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultau\\_nificada2/proc-RR%20-%208300340-79.2006.5.09.0021](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultau_nificada2/proc-RR%20-%208300340-79.2006.5.09.0021)> Acesso em: 30.4.2011.

CORREA, Lélío Bentes. A reforma constitucional e a justiça do trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

DELLAGNEZZE, René. *Empresa pública*. Taubaté: Cabral, 2004.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2004. t. 3: El acto administrativo.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LIMA FILHO, Cláudio Dias. Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, v. 33, p. 126-143, jan./mar. 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 31. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, João Batista Gomes. Regime dos contratos da administração pública. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 49-65, jan./mar. 2000.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SIMON, Sandra Lia. A ampliação da competência da justiça do trabalho e o ministério público do trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 349-350.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.





# A Convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade, em face do direito interno brasileiro

José Soares Filho<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ Aborda-se questão relevante e atual, pertinente à Convenção n. 158 da OIT, que objetiva a proteção da relação de trabalho em face da despedida de iniciativa do empregador, condicionando-a a justificativa baseada em motivos socialmente relevantes. Essa norma institui um mínimo da garantia do emprego, que propicie ao trabalhador condições de uma vida digna, sem prejuízo dos legítimos interesses da produção – em suma, o desenvolvimento econômico com justiça social. É oportuno o debate dessa questão, tendo em vista que tramita no Congresso Nacional proposta do Executivo de ratificação da referida Convenção – que fora adotada pelo Brasil e, logo em seguida, denunciada.

## Palavras-chave

- ▶ Proteção da relação de trabalho – Convenção n. 158 da OIT – justiça social – dignidade do trabalhador.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Atividade normativa da OIT: convenções e recomendações
  - ▶ 1.1. Conceito de convenção e de recomendação
  - ▶ 1.2. Classificação e natureza jurídica das convenções

(\*) Juiz do Trabalho aposentado; mestre e doutor em Direito pela UFPE; professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região; membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro-RJ), do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Especialista em *derechos laborales* – Curso de *Especialización para Expertos Latinoamericanos Universidad de Castilla-la Mancha, UCLM*, Espanha.



- ▶ 1.3. Integração das convenções e recomendações no sistema jurídico interno dos Estados
- ▶ 2. A Convenções n. 158 da OIT
  - ▶ 2.1. Razões sociais e procedimentos para sua aprovação
  - ▶ 2.2. O teor da Convenção n. 158 em correlação com o da Recomendação n. 166
  - ▶ 2.3. Definição e métodos de aplicação
  - ▶ 2.4. Âmbito pessoal de aplicação
  - ▶ 2.5. Causas justificativas do término da relação de trabalho
  - ▶ 2.6. Procedimentos do término da relação de trabalho
  - ▶ 2.7. A reparação pelo término injustificado da relação de trabalho
  - ▶ 2.8. Disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos
- ▶ 3. Ratificação e denúncia pelo Estado brasileiro
- ▶ 4. A questão de inconstitucionalidade da Convenção n. 158/OIT
- ▶ Conclusões
- ▶ Referências

## Introdução

As normas internacionais assumem, cada dia, mais importância para as relações humanas, tanto no plano individual, quanto no coletivo, notadamente as de porte supranacional.

Nesse panorama, sobressaem os direitos sociais, que se inserem no quadro dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados nas declarações universais de direitos e nas Constituições dos países civilizados, dentre as quais se destaca nossa Carta Magna de 1988.

O trato dos direitos sociais com maior amplitude faz-se necessário ante o fenômeno da globalização, que, embora dando ênfase ao aspecto econômico, tem cunho de natureza social, cultural, política, envolvendo o ser humano em suas múltiplas manifestações e necessidades. E não poderia ser diferente, porquanto diz respeito a um processo ligado à própria existência do homem desde os primórdios da civilização.

A salvaguarda e efetivação desses direitos requerem positividade através de normas de

âmbito supranacional, expedidas por instituições legitimadas e capazes de integrar os sistemas jurídicos internos dos Estados.

Surge, então, com a finalidade de desempenhar essa relevante função, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919 no Tratado de Paz de Versailles, que representou o armistício em relação à Primeira Guerra Mundial.

Esse organismo internacional integra, como agência especializada, o sistema das Nações Unidas, mas goza de autonomia e competência para o cumprimento dos objetivos estabelecidos em sua Constituição. Vem, desde seu nascedouro, realizando um trabalho profícuo, de relevante importância para a sociedade humana, no tocante às relações de trabalho.

Sua função primordial – que tem como emblema a justiça social – concerne a regulação das relações laborais, de modo a torná-las compatíveis com a dignidade das pessoas nelas envolvidas. Assim, a OIT desenvolve atividade





normativa que visa a aprimorá-las com esse caráter, desse modo contribuindo para o equilíbrio entre os interesses do capital e os do trabalho, que é condição da paz e do verdadeiro progresso humano.

As normas oriundas dessa atividade têm eficácia positiva nos ordenamentos jurídicos dos Estados que as recebem e procuram efetivá-las. Com essa compreensão, os órgãos e entidades ligados a essa temática, em nosso país, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e o Ministério Público do Trabalho, acabam de celebrar convênio com o Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT, para realização de cursos, seminários e outros eventos dessa natureza, a fim de promoverem o estudo, pelos juizes do trabalho, procuradores, advogados e outras pessoas interessadas, das referidas normas e suas aplicações nos processos judiciais trabalhistas, com o fito de melhorar a prestação jurisdicional nesse campo.

Um dos principais instrumentos normativos produzidos pela OIT é a Convenção n. 158, de 1982, que dispõe sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, visando a protegê-la contra a despedida arbitrária ou sem causa socialmente justificável. Ora, trata-se, obviamente, de questão crucial e de vital importância para os trabalhadores. Pelo impacto que causa nas relações de produção – restringindo o poder de comando empresarial –, tem encontrado resistência para sua adoção por grande parte dos Estados, sendo, particularmente, objeto de discussão pelos parlamentos nacionais, dentre os quais o brasileiro.

A Convenção n. 158 da OIT foi ratificada pelo Brasil, em 1995 e, logo em seguida, em 1996, denunciada. Ultimamente, em 2008, foi rerepresentada pelo Governo brasileiro ao

Congresso Nacional, com a proposta de nova ratificação, mas este reluta em aprová-la, de modo que permanece em discussão nas comissões legislativas, não tendo ainda sido submetida a apreciação pelo Plenário da Casa.

Vê-se, daí, que o tema ora tratado é de palpitante atualidade e relevante interesse social, motivo por que merece atenção e estudo percutiente pelos juristas e operadores do direito em nosso país.

Este trabalho enfoca a OIT em sua atividade normativa, destacando, em relação a esta, a Convenção n. 158. Indicam-se as razões sociais que a inspiraram e concorreram sua criação. Analisa-se em detalhes seu conteúdo, em correlação com o da Recomendação n. 166, que a regulamenta. Aborda-se a questão surgida com a denúncia da ratificação desse instrumento pelo Estado brasileiro, fundada em declaração, pelo STF, de sua inconstitucionalidade.

## **1. Atividade normativa da OIT: convenções e recomendações**

Como assinala Süsskind (2000:106), desde sua criação, em 1919, a OIT vem realizando um trabalho valioso e de grande alcance, mediante sua atividade normativa – que compreende as relações de trabalho em seus diversos aspectos, no plano universal –, materializada em convenções e recomendações, desse modo contribuindo consideravelmente para o aperfeiçoamento da regulamentação das relações trabalhistas, que representa avanço na conquista da melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Cumpre, destarte, sua missão, que se consubstancia na persecução da justiça social (que para ela tem o sentido de um emblema).

Segundo Esteves (1997:19), “La obra realizada por la OIT desde sus inicios – 1919 – ha permitido el nacimiento y desarrollo del



Derecho internacional del trabajo, así como el progreso universal de la legislación laboral y social”.<sup>(1)</sup>

Para atingir seus objetivos, com fundamento em sua Constituição, é que a OIT exerce uma atividade normativa, materializada em convenções e recomendações.

### **1.1. Conceito de convenção e de recomendação**

As convenções, uma vez ratificadas, constituem fonte formal do direito internacional do trabalho, desde que não sejam meramente programáticas ou promocionais. Somente elas são sujeitas a ratificação; têm a natureza de tratados internacionais multilaterais. Criam obrigações para os Estados.

As recomendações constituem fonte material de direito, nesse âmbito, tal como as convenções não ratificadas.

As convenções, juntamente com as recomendações, constituem o denominado “Código Internacional do Trabalho”.

Tanto as convenções, quanto as recomendações, devem ser submetidas à autoridade nacional competente para deliberar sobre as matérias sobre que versam. Trata-se de obrigação de natureza formal, estabelecida na própria Constituição da OIT.

As convenções são normas que tendem a incorporar-se aos sistemas jurídicos internos dos Estados, regulando relações jurídicas e, conseqüentemente, gerando direitos e obrigações para as pessoas nelas envolvidas. Como tratados multilaterais, ou universais, não se restringem aos Estados convenientes, ou pactuantes, mas são abertas a adesão pelos outros membros da Organização.

(1) Tradução do autor: “A obra realizada pela OIT desde seus primórdios – 1919 – tem permitido o nascimento e desenvolvimento do Direito internacional do trabalho, assim como o progresso universal da legislação laboral e social”.

As recomendações valem como propostas a serem submetidas aos Estados-membros, podendo ou não ser por eles aproveitadas e, assim, transformadas oportunamente em normas jurídicas na esfera de sua jurisdição, sejam estas de caráter estatal, sejam de natureza negocial (convenções ou acordos coletivos de trabalho). Geralmente resultam de propostas de convenções frustradas, posto que correspondem a regras avançadas para a maioria dos Estados-membros. Têm sido utilizadas para complementar e/ou regulamentar convenções que versem sobre princípios e regras gerais, possibilitando sua aplicação a maior número de países.

### **1.2. Classificação e natureza jurídica das convenções**

As convenções classificam-se em:

- a) autoaplicáveis: independem de regulamentação para serem aplicadas;
- b) de princípios: dependem de adoção de leis ou outros atos regulamentares, ou recomendações complementares, para serem aplicadas;
- c) promocionais: fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua execução.

Sua natureza jurídica é normativa, porquanto elas consubstanciam normas genéricas e impessoais que visam a regular situações jurídicas. São tratados-lei, que assumem as concepções de: a) ato-regra, no tocante à sua criação; b) ato-condição, posto que sua efetividade e aplicabilidade nos Estados-Membros dependem, além da aprovação no seio da Organização (Conferência Internacional do Trabalho), de sua adoção por parte deles, pela ratificação, uma vez consultada a autoridade competente para deliberar sobre a matéria, no plano interno – que, via de regra, é o Parlamento – e obtido seu consentimento.





### **1.3. Integração das convenções e recomendações no sistema jurídico interno dos Estados**

Para que as convenções, como tratados internacionais, passem a integrar o ordenamento jurídico nacional e se torne exigível seu cumprimento, requer-se – como já assinalado – sua ratificação pelo Estado. A maneira da integração varia em conformidade com o sistema adotado pelo Estado – monismo ou dualismo jurídico.

Para os países de sistema monista, as convenções ratificadas, uma vez iniciada sua vigência no âmbito interno, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, em seus precisos termos, revogando automaticamente as normas infraconstitucionais que com elas sejam incompatíveis. Desse grupo faz parte a grande maioria dos Estados, dentre eles o Brasil. Em relação aos que perfilham o dualismo jurídico, a inserção da norma internacional no direito interno faz-se mediante a promulgação, pelo Estado, de ato normativo (v.g., lei) que incorpore o teor da convenção, sem recepcionar literalmente seu texto. São poucas as nações que se enquadram nesse grupo (exemplos: Argentina, Reino Unido, Austrália, Canadá).

As recomendações, para integração no direito nacional, independem de ratificação, bastando sua transformação em normas internas, pois, tal como as declarações e resoluções, são fontes materiais de direito.

## **2. A Convenção n. 158**

### **2.1. Razões sociais e procedimentos para sua aprovação**

A política social da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem-se orientado, nas últimas décadas, para a proteção do trabalhador no que tange, especialmente, à relação de emprego, ante a ameaça de precarização que esta sofre no quadro da economia

mundial globalizada, que aponta para o desemprego estrutural.

Constatando a falta de normas internacionais sobre o término da relação de trabalho, a Conferência Internacional do Trabalho, em sua reunião de 1950, adotou resolução convidando a Repartição a preparar um relatório sobre a legislação e a prática nacionais na matéria, o qual seria examinado numa reunião posterior. Após a realização de uma série de estudos nesse campo, a Conferência adotou, em 1963, a Recomendação n. 119, sobre o término da relação de trabalho, primeiro instrumento internacional do trabalho dedicado especificamente à questão.

“Constituiu, no plano internacional, o ponto culminante da evolução do conceito segundo o qual o trabalhador deveria estar protegido contra o término arbitrário e injustificado da relação de trabalho e contra as dificuldades econômicas e sociais decorrentes da perda do emprego” (OFICINA..., 1995:2).

Em 1974, a Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações instituída pela Conferência Internacional do Trabalho, ao examinar o Estudo geral preparado pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações sobre os relatórios referentes à aplicação da Recomendação n. 119, reconheceu o importante papel que essa Recomendação havia desempenhado, desde sua adoção em 1963, na promoção da proteção do trabalhador contra a despedida injustificada, fomentando, dessa maneira, a segurança do emprego, que constitui um aspecto essencial do direito ao trabalho. A Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações concluiu que a Conferência devia abordar a questão com vista a elaborar um novo instrumento que levasse em conta a evolução das relações de trabalho nesse aspecto, desde a adoção da Recomendação n. 119.





Em sua 211<sup>a</sup> Reunião (novembro de 1979), o Conselho de Administração da OIT decidiu inscrever na ordem do dia da 67<sup>a</sup> reunião da Conferência Internacional do Trabalho, celebrada em 1981, um ponto relativo ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. As deliberações tomadas durante a Conferência resultaram na adoção, em 1982, da Convenção n. 158, sobre o término da relação de trabalho, e da Recomendação n. 166, sobre o mesmo tema, as quais vieram a substituir a Recomendação n. 119.

Surgiu, assim, em 22 de junho de 1982, em Genebra, a Convenção n. 158. Seu principal objetivo é disciplinar o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, de modo a condicioná-la a fatores socialmente justificáveis.

Foi aprovada, concomitantemente, a Recomendação n. 166, com o objetivo de regulamentar a referida convenção. Ambas substituem a Recomendação n. 119, de 1963, sobre o mesmo tema.

## **2.2. O teor da Convenção n. 158 em correlação com o da Recomendação n. 166**

Em seu Informe III, Parte 4B (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1995:2), a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT fez um Estudo Geral sobre esses instrumentos, o que permite traduzir, em síntese, seus principais dispositivos.

## **2.3. Definição e métodos de aplicação**

Quanto à definição, esclareceu-se, no art. 3º da Convenção, que as expressões “término” e “término da relação de trabalho” se referem ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, restringindo-se, pois, a essa hipótese o campo de aplicação material da Convenção.

São admitidos os mais diversos métodos de aplicação dos mencionados instrumentos, tais como: a legislação nacional, os contratos coletivos, os laudos arbitrais, as sentenças judiciais, ou qualquer outro adotado pela prática nacional, a exemplo do regulamento da empresa.

## **2.4. Âmbito pessoal de aplicação**

O campo de aplicação da Convenção é muito vasto: compreende todos os ramos de atividade econômica e todas as pessoas empregadas, nacionais ou estrangeiras; exclui, por sua própria finalidade, os trabalhadores por conta própria. Apesar disso, é bastante flexível, visto como faculta ao Estado que a ratifique não aplicá-la a determinadas classes ou categorias de trabalhadores, em razão da própria natureza do contrato de trabalho, bem assim das condições de certas categorias de trabalhadores, tais como: os trabalhadores com um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa; os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e seja razoável; os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

## **2.5. Causas justificativas do término da relação de trabalho**

A obrigação de o empregador fundamentar o término da relação de trabalho constitui o ponto de maior relevo da proteção consubstanciada na Convenção n. 158 da OIT. “A necessidade de que o término se fundamente em uma causa justificada constitui a pedra angular das disposições da Convenção” – reza o Informe III (Parte 4B) da Oficina Internacional del Trabajo (1995:37). Com efeito, dispõe aquele instrumento, em seu art. 4º, que





“não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada ...”

Nos termos do art. 4º da Convenção, a causa do término, para ser justa, deve estar relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador, ou basear-se nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. A primeira dessas hipóteses diz respeito a inaptidão (ou incapacidade) do trabalhador para o desempenho das funções que lhe são cometidas, por falta das qualificações ou aptidões necessárias para esse mister, caracterizando-se como insuficiência profissional. Também compreende os casos de má execução do trabalho não devida a uma falta deliberada e de incapacidade para tanto resultante de um acidente ou uma enfermidade. A conduta do trabalhador que justifica o término de sua relação laboral corresponde a um comportamento repreensível, ou faltoso, podendo ser tanto uma falta profissional que suscite um procedimento disciplinar, quanto outro tipo de irregularidade comportamental.

As causas relacionadas com as necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço podem ser de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga. Concorrem para o encerramento de relações de trabalho individuais ou coletivas, levando à redução de pessoal ou ao fechamento da empresa. Por vezes têm relação com o excedente de mão de obra ou a redução do número de postos por motivos econômicos ou técnicos, ou nos casos de força maior e caso fortuito. Revestem as formas de racionalização ou modernização das empresas, estabelecimentos ou serviços, em face de queda de produtividade, alterações nas condições do mercado ou da economia e a falta de adaptação técnica do trabalhador a elas.

No art. 5º da Convenção se enumeram motivos que não constituem justa causa para

o término da relação de trabalho. O elenco não tem caráter exaustivo, como denota a expressão “entre os motivos ... figuram os seguintes”. Assim, admite-se que o Estado pode, a seu critério, acrescentar outras hipóteses, como, aliás, consta do item 5 da Recomendação n. 166.

O primeiro motivo que, segundo esse dispositivo, não constitui causa justificada para o término da relação de trabalho é a filiação a um sindicato ou participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho. O segundo prende-se ao fato de ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou haver atuado nessa qualidade. O terceiro é apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes.

Os demais motivos são: a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social, a ausência do trabalho durante a licença-maternidade. A Recomendação n. 166, em seu item 5, acrescenta dois motivos que não constituem justificativa para o término da relação de trabalho: a) a idade, sem prejuízo da legislação e da prática nacionais com respeito à aposentadoria; b) a ausência do trabalho devida ao serviço militar obrigatório ou ao cumprimento de obrigações cívicas em conformidade com a legislação e a prática nacional.

Dispõe o art. 6º da Convenção que “a ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho”. Todavia, a Convenção admite certas limitações determináveis em função dos métodos de aplicação nacionais.





## 2.6. Procedimentos do término da relação de trabalho

A proteção contra o término injustificado da relação de trabalho pressupõe, não só normas de fundo que imponham seja ele baseado em causas justas, mas também procedimentos que garantam a observância desse requisito. Dividem-se estes em duas categorias: a) os que deverão efetuar-se antes ou no momento do término; b) os atinentes a recurso contra essa iniciativa, que compreendem medidas de reparação pelo término ocorrido sem qualquer dos motivos previstos como justificativos do mesmo.

O art. 7º da Convenção em apreço impõe, para a hipótese de dar-se por terminada a relação de trabalho por motivos relacionados com a conduta do trabalhador ou seu desempenho, que antes se lhe ofereça a possibilidade de defender-se das acusações formuladas contra ele, a menos que não seja razoável pedir ao empregador que lhe conceda.

Reza o item 7 da Recomendação que o término da relação de trabalho por falta cuja natureza, em virtude da legislação ou da prática nacional, só o justificaria em caso de reincidência uma ou mais vezes, só deveria ocorrer se o empregador houvesse prevenido por escrito o trabalhador de maneira adequada. Ademais, segundo o item 10 do mesmo instrumento internacional, o fato de o empregador não tomar, em tempo razoável desde que tenha tido conhecimento do ilícito, a iniciativa de dar por terminada a relação de trabalho tendo como causa uma falta cometida pelo trabalhador, deveria ser interpretado como renúncia a esse direito.

O item 11 da Recomendação estabelece como diretriz que o empregador, antes de tomar uma decisão definitiva em casos de término individual da relação de trabalho, consulte a respeito os representantes dos trabalhadores.

Segundo o art. 8º, o trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro. E admite-se a presunção de renúncia a esse direito, por parte do obreiro, no caso de ele não exercê-lo num prazo razoável a contar do término (§ 3º).

O art. 9º refere a competência dos mencionados organismos para examinar o recurso (§ 1º).

O item 14 da Recomendação prevê, como aconselhável, um procedimento de conciliação anterior à interposição de recurso contra o término da relação de trabalho ou durante o mesmo.

No tocante ao ônus da prova relativa às causas alegadas como justificativa da despedida, segundo o § 2º do art. 9º da Convenção, pode recair sobre o empregador ou sobre ambas as partes, segundo os critérios adotados pelo ordenamento jurídico de cada país.

## 2.7. A reparação pelo término injustificado da relação de trabalho

A proteção da relação de trabalho, notadamente a relação de emprego, requer, em princípio, que o trabalhador não possa ser privado de seu posto sem que tenha ocorrido alguma das hipóteses justificativas desse fato. Trata-se, pois, de uma estabilidade relativa. Consequentemente, sua despedida arbitrária deve autorizar sua reintegração, decorrente da anulação do ato patronal infringente da garantia estatuída, por não se fundar em qualquer dos motivos relacionados no art. 4º da Convenção n. 158, restituindo-se a situação ao *status quo ante*. Todavia, a Conferência Internacional do Trabalho foi compelida a aprovar uma norma flexível sobre a matéria, considerando a circunstância de que em





muitos países o trabalhador não gozava do direito em referência. A fórmula encontrada para atender à maioria dos delegados é a que corresponde ao art. 10 da Convenção.

Esse dispositivo dá preferência à anulação da despedida e, por consequência, à readmissão como meio de reparação pelo término injustificado da relação de trabalho; porém, admite, como alternativa, outras formas de reparação em função dos poderes do organismo competente (neutro) conferidos pela legislação e a prática nacionais, e tendo em vista a inaplicabilidade na situação concreta de uma decisão desse teor, formas essas traduzidas em indenização adequada ou outro tipo de reparação que for apropriada segundo os critérios do direito interno.

Na abalísada interpretação de Süssekind (2000:376), a indenização ou outra reparação apropriada só deverá ser adotada, se, apesar de injustificada a despedida, o organismo não tiver competência para determinar a reintegração do trabalhador, ou esta for contraindicada pelas circunstâncias presentes. Essa indenização não se confunde com a compensatória do prazo do aviso prévio, prevista no art. 11, nem com a devida pelo encerramento dos serviços de que trata o art. 12.

A opção pela readmissão ou pela indenização financeira depende de faculdade estabelecida na legislação nacional e, de um modo geral, fica ao arbítrio do organismo neutro competente para decidir sobre a matéria. Os critérios da opção variam e são prescritos pela própria legislação ou fixados em convenções coletivas. Podem basear-se na condição do querelante, a exemplo dos representantes sindicais e de pessoas vítimas de discriminação, que merecem proteção especial, por se caracterizar, em um e outro caso, desrespeito a direito humano fundamental, sendo, portanto, a melhor e mais adequada forma de reparação a readmissão do

trabalhador às suas funções, com a manutenção de seus direitos adquiridos, especialmente os salários vencidos.

O art. 11 da Convenção impõe ao empregador que tenha a intenção de despedir um trabalhador a obrigação de dar-lhe aviso prévio razoável. Visa, com essa medida, a evitar que este seja surpreendido com o término de sua relação laboral com efeito imediato e atenuar suas consequências prejudiciais, ensejando-lhe adaptar-se à situação e procurar um novo emprego. O requisito do aviso prévio não dispensa a exigência de um motivo válido para o término, ou seja, é devido mesmo que exista tal motivo; somente no caso de o trabalhador ser culpado de uma falta grave, é que o aviso se torna prescindível. Durante o respectivo prazo o contrato de trabalho continua em vigor, mantendo-se, em consequência, as obrigações de ambas as partes a ele inerentes.

De um modo geral, esse requisito só se aplica aos contratos de duração indeterminada, pois os contratos a prazo determinado, assim como os por obra certa, se encerram quando se expira o respectivo período ou quando é concluída a obra.

Conforme o disposto no art. 11 da Convenção, a falta do aviso prévio gera para o trabalhador o direito a uma indenização compensatória. Esta deve corresponder à remuneração que ele teria recebido no prazo do aviso, se este houvesse sido dado, e não substitui a eventual indenização devida pelo término injustificado da relação de trabalho, prevista no art. 10, nem se confunde com a indenização por encerramento dos serviços a que se refere o art. 11, daquele instrumento – adverte o Informe (OFICINA..., 1995:99).

Reza o item 16 da Recomendação que, durante o prazo do aviso prévio, o trabalhador deverá dispor de tempo livre razoável, em momentos convenientes para ambas as partes, sem perda de remuneração, a fim de procurar





outro emprego. Esses espaços temporais podem ser, cada um, de uma ou duas horas por dia, um ou dois dias por semana, ou mais longos.

O art. 12, § 1º, da Convenção prevê indenização pelo término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos do trabalhador cuja relação de trabalho tenha sido encerrada, a serem efetivadas em conformidade com a legislação e a prática nacionais. Assegura-lhe o direito às seguintes modalidades de prestações, a serem aplicadas alternativa ou cumulativamente:

- a) uma indenização por término de serviços ou outras compensações análogas, cuja quantia será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído por meio de cotizações dos empregadores;
- b) benefícios do seguro-desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais a que esses benefícios estão sujeitos.

Segundo o § 2º do referido artigo, o simples fato de o trabalhador não receber benefício em face de desemprego (como, por exemplo, o seguro-desemprego) não obsta à percepção da referida indenização.

A indenização em foco – explica o Informe III (Parte 4B) da Oficina Internacional del Trabajo (1995:107) – distingue-se tanto da indenização pelo término injustificado (art. 10), quanto da indenização compensatória do aviso prévio não concedido (art. 11).

Dispõe o § 3º que, em caso do término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a perceber as indenizações ou benefícios mencionados no § 1º, alínea “a”, pelos métodos de aplicação mencionados no art. 1º da presente Convenção. Porém, essa

disposição, na exegese feita pela Comissão de Peritos – Informe III (Parte 4B) (OFICINA..., 1995:108) –, não supõe, de modo algum, a obrigação de rejeitar a indenização por término de serviços em caso de falta grave, eis que, nos países em que a indenização é considerada salário diferido, os empregadores podem ser obrigados a pagar a respectiva importância mesmo que o trabalhador incorra em ilícito dessa ordem.

O art. 12 da Convenção – explica o Informe (OFICINA..., 1995:109) – foi concebido para ser aplicável aos diversos regimes e situações que se apresentam no cenário mundial, concernentes à garantia dos rendimentos do trabalhador em face do término de sua relação laboral. Contém fórmulas de flexibilidade que oferecem aos países a possibilidade de desenvolver sistemas de proteção adaptados às condições específicas de sua situação a esse respeito. Digno de nota é o fato de que, na maior parte dos países, a legislação contém disposições que prevêm a possibilidade de estabelecer indenizações por meio de convenção coletiva, pagas diretamente pelo empregador ou por um fundo mantido por contribuições dos empregadores.

O término da relação de trabalho por motivo de caráter econômico – como por exemplo, a redução do pessoal decorrente da modernização do parque industrial, de aplicação de novos métodos de trabalho, de interrupção ou cessação das atividades da empresa – é razão admitida por alguns países para atribuição do direito à indenização em apreço.

O direito aos benefícios de desemprego – cujas fontes de financiamento são, em geral, contribuições dos empregadores, dos próprios trabalhadores (segurados), ou subvenções estatais – é submetido a certas condições: o desemprego deve ser involuntário e não devido a falta por parte do trabalhador; o interessado deve cumprir um número mínimo de contribuições; deve estar apto para o trabalho, disponível e disposto a aceitar um emprego





apropriado às suas condições; as prestações, na maior parte dos sistemas, são concedidas apenas por determinado período. Os regimes privados, estabelecidos por meio de convenções coletivas ou em virtude de um seguro privado, garantem benefícios complementares de desemprego e, em alguns casos, são a fonte exclusiva dos benefícios dessa natureza.

### **2.8. Disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos**

As disposições a esse respeito encontram-se na parte III da Convenção n. 158 e constam de dois artigos – um, o art. 13, trata da informação e da consulta aos representantes dos trabalhadores; o outro, o art. 14, regula a notificação à autoridade competente.

Os motivos derivados das necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, mencionados no art. 4º, compreendem, de um modo geral, segundo a exegese feita pela Comissão de Peritos (OFICINA... 1995:115), motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou outros, análogos.

As disposições dos arts. 13 e 14, com o objetivo de proteger os trabalhadores em face de seu desligamento da empresa por razões de natureza objetiva – ligadas a necessidades de funcionamento dela –, instituem meios tendentes a evitar ou limitar o término das relações de trabalho e atenuar suas consequências; para isso, adotam certos procedimentos, quais sejam, a informação e a consulta aos trabalhadores, bem como a notificação às autoridades públicas, os quais devem ser observados pelos Estados que ratifiquem a Convenção.

Segundo o § 1º do art. 13, quando o empregador previr término de relações de

trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados por eles e o período durante o qual seriam efetuados esses termos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve possível, uma oportunidade para realizar consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, encontrando novos empregos para eles.

Tal consulta não deve restringir-se a uma simples informação, mas ser de molde a poder influir na decisão que venha a ser adotada. Deve ensejar um intercâmbio de opiniões e um diálogo, que certamente resultam em benefício tanto para os trabalhadores, quanto para o empregador, ao preservar, se possível, o emprego, com relações harmoniosas, num clima social propício à continuação das atividades da empresa.

Para que a consulta seja frutífera, deve realizar-se o mais breve possível, antes que se concretize o término das relações laborais, de modo que seja possível estudar a adoção de medidas preconizadas na Convenção, sem precipitação e com a devida cautela. Além disso, para que os representantes dos trabalhadores se habilitem a expor suas ideias sobre as medidas que poderiam ser adotadas, deve o empregador disponibilizar-lhes, em tempo oportuno, os elementos necessários em termos de informação “pertinente”, que indique os motivos dos termos previstos, o número e





as categorias dos trabalhadores que possam ser afetados por eles, bem assim o período durante o qual deverão ocorrer. De posse desses dados, os representantes dos trabalhadores poderão iniciar a consulta e fazer um balanço da situação, para exporem suas ideias sobre as medidas cabíveis, dando sua participação eficaz e concreta. Somente dessa forma se cumprirá o objetivo da Convenção.

O art. 14 da Convenção dispõe, em seu § 1º, que, em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que tenha em vista promover demissão de empregados por razões de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análogas, deverá notificá-lo, o quanto antes possível, à autoridade competente, prestando-lhe a informação pertinente, na qual inclua uma exposição por escrito dos motivos dos termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos.

Tal como disposto no § 2º do art. 13, sobre a consulta aos representantes dos trabalhadores, o § 2º do art. 14 faculta à legislação nacional limitar a aplicação da medida concernente à notificação da autoridade competente, aos casos em que o número dos trabalhadores em vias de ser despedidos seja pelo menos igual a um número ou percentagem determinados do pessoal. Essa notificação deverá, nos termos do § 3º do art. 14, ser feita com um prazo mínimo de antecedência da data em que se procederá aos termos, prazo esse a ser especificado pela legislação nacional. A fixação do momento de efetuar a notificação – se simultânea ou posterior à consulta –, bem assim o papel que deva desempenhar no caso a autoridade competente, depende dos métodos de aplicação nacionais, considerando-se as funções atribuídas aos representantes dos trabalhadores e à referida autoridade. Do mesmo modo que a consulta, a notificação deve fazer-se o mais breve possível, enquanto que a

exposição dos motivos do término deve ter a forma escrita.

A Recomendação n. 166, que tem o caráter de regulamentação da Convenção n. 158, propõe, de forma bastante adequada, procedimentos atinentes à informação e consulta aos representantes dos trabalhadores e à notificação à autoridade competente.

A Recomendação n. 166 acrescenta um aspecto complementar no tocante ao conteúdo das consultas: enquanto esta alude a medidas que devem ser adotadas com o fim de evitar ou limitar a cessação de relações de trabalho, aquela (a Convenção) preconiza a celebração de consultas sobre determinadas medidas que possam ser adotadas antes do momento em que esse fato se apresente inevitável, pois, quanto antes sejam previstos os problemas subjacentes, tanto maior será a possibilidade de encontrar solução para eles.

Nos termos do subitem 1 do item 20, o empregador que tenha em vista a introdução no sistema de produção, no programa, na organização, na estrutura ou na tecnologia, de mudanças importantes suscetíveis de provocar demissões, deveria consultar o quanto antes possível os representantes dos trabalhadores interessados, dentre outras coisas, sobre a introdução dessas mudanças, suas possíveis repercussões e as medidas para prevenir ou atenuar seus efeitos prejudiciais. Consoante o disposto no subitem 2 desse item, a fim de que os representantes dos trabalhadores interessados possam participar eficazmente nas consultas em referência, o empregador deveria proporcionar-lhes em tempo oportuno toda informação pertinente sobre as mudanças importantes previstas e suas possíveis repercussões.

Na notificação dirigida às autoridades competentes, o empregador deve fornecer-lhes indicações sobre a informação que prestou aos representantes dos trabalhadores, a consulta e os resultados da mesma, ou ainda transmitir-





-lhes a opinião ou a resposta da parte deles. O objetivo geral da notificação é, comumente, o de levar ao conhecimento das autoridades o montante das demissões previstas que possam acarretar problemas econômicos e onerar o erário público, bem assim permitir-lhes ajudar as partes interessadas a encontrar solução para esses problemas. A propósito, a lei pode exigir da autoridade que ausculte a opinião dos representantes dos trabalhadores e que solicite a eles e ao empregador que participem na busca de soluções com o fim de limitar o número de demissões e a atenuar suas consequências.

Para o caso de descumprimento dos procedimentos de consulta ou de notificação, a lei ou as convenções coletivas costumam estabelecer distintos tipos de sanções, que podem ter um efeito cumulativo, como, por exemplo, multas, indenizações compensatórias ou nulidade das demissões.

A Recomendação n. 166 refere os procedimentos e preconiza, ademais, a adoção de medidas concretas para evitar ou limitar as demissões, assim como para atenuar seus efeitos adversos para os trabalhadores. Além disso, contém disposições sobre os critérios de seleção dos trabalhadores cuja relação de trabalho esteja para terminar-se e sobre a prioridade que deve ser dada a eles em caso de serem realizadas novas contratações. As medidas a serem adotadas para reduzir os efeitos das demissões inscrevem-se no plano geral das políticas de emprego, de que trata a Convenção n. 122, de 1964, formação e readaptação profissionais.

O item 21 da Recomendação elenca, entre as medidas que deveriam considerar-se no intuito de evitar ou limitar ao máximo as demissões por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos: a restrição da contratação de pessoal, o recurso à diminuição natural do pessoal sem repor as baixas durante certo período, as transferências internas, a formação e a readaptação dos trabalhadores, a aposentadoria antecipada voluntária com a

adequada proteção dos rendimentos, a diminuição das horas extraordinárias e a redução da jornada normal do trabalho.

O item 22 reza que, ante a estimativa de que uma redução temporária da jornada normal do trabalho possa evitar ou limitar demissões devidas a dificuldades econômicas passageiras, conviria cogitar-se da concessão de uma compensação parcial pela perda dos salários correspondentes às horas normais não trabalhadas, financiadas segundo métodos adequados conforme a legislação e a prática nacionais.

Nos itens 21 e 22, a Recomendação n. 166 socorre-se do princípio de que, na eventualidade de o empregador, ante dificuldades econômicas, se veja compelido a efetuar na empresa modificações de ordem técnica ou de outro tipo, só deverá recorrer às demissões como meio para resolver esses problemas em última instância, convindo-lhe estudar previamente todas as demais medidas capazes de evitá-las. Essas medidas, segundo a Recomendação, são de duas ordens: redução do número de trabalhadores por meios voluntários e trabalho partilhado, que implica o trabalho a tempo parcial, como resposta a imperativos econômicos. Vêm a propósito, quanto a este, a diminuição das horas extraordinárias e a redução da jornada normal do trabalho. É mais frequente a combinação desses dois métodos.

### **3. Ratificação e denúncia pelo Estado brasileiro**

A Convenção n. 158 foi adotada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 22 de junho de 1982. Foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992. Sua vigência no plano internacional teve início em 23 de novembro de 1985. A Carta de Ratificação respectiva pelo Brasil foi depositada, na Repartição



Internacional do Trabalho, em 5 de janeiro de 1995. Sua promulgação deu-se pelo Decreto n. 1.855, de 10.4.1996. O início de sua vigência em nosso país deu-se em 5 de janeiro de 1996. Foi denunciada pelo Governo brasileiro em 20 de novembro de 1996, vindo a denúncia a ter efeito a partir de 20 de novembro de 1997.

Ao ser ratificada pelo Brasil, provocou acerbos reações em nosso país, notadamente da parte da classe empresarial, provavelmente em face do ônus econômico-financeiro que sua aplicação acarretaria aos empregadores, com a restrição ao seu poder de comando no que tange, especialmente, à despedida arbitrária ou sem justa causa, *ex vi* do disposto em seu art. 4º. Por outro lado, no seio da classe jurídica questionou-se amplamente a constitucionalidade desse instrumento normativo.

#### 4. A questão de inconstitucionalidade da Convenção n. 158/OIT

Levantou-se a questão da inconstitucionalidade do decreto que promulgou a Convenção n. 158 da OIT, alegando-se incompatibilidade dela com o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o qual, dispondo sobre matéria idêntica – proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa –, prevê, como compensação por esta, basicamente, indenização, ao passo que a Convenção n. 158, em seu art. 10, alvitra a possibilidade de os organismos competentes, segundo a legislação e prática nacionais, anularem o término da relação de trabalho de iniciativa do empregador e, eventualmente, ordenarem ou proporem a readmissão do trabalhador.

Outrossim, haveria inadequação dela ao mandamento do art. 7º, I, da CF/1988, porquanto o dispositivo constitucional em apreço diz que a matéria de que trata será regulamentada nos termos de lei complementar, do que se infere estar-se diante de norma de eficácia contida. Ora, a aplicação do

tratado multilateral em causa corresponderia a regulamentação daquele dispositivo constitucional, para o que ele, tecnicamente, segundo os defensores dessa ideia, não era apto, visto que, com sua inserção no direito interno, posicionava-se no nível de lei ordinária, hierarquicamente inferior à lei complementar.<sup>(2)</sup>

Ademais, a Convenção n. 158, por seu contexto, seria meramente programática, ou de princípios, dependendo de regulamentação, através de atos normativos de origem estatal ou negocial no âmbito interno, para ser devidamente aplicada, haja vista a hipótese (prevista no art. 13) de término das relações de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, que implica dispensa coletiva, para cuja regulação ainda não está aparelhado o sistema jurídico brasileiro. Ora, o mencionado dispositivo reporta-se, para esse efeito, aos métodos de aplicação aludidos no art. 1º, ou seja, a legislação nacional, ou contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais ou outra forma, de acordo com a prática nacional.

Sobre a questão relativa a inconstitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT, releva o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.480-3-DF, aforada pela Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68, de 16.9.1992, que a aprovou, e do Decreto presidencial n. 1.855, de 10.4.1996, que promulgou a Convenção. Sustentavam as autoras que os arts. 4º e 10 do referido tratado conflitavam com o art. 7º, I, da CF, bem assim com o art. 10, I, do ADCT. Pediam, liminar-

(2) Essa colocação não tem mais sentido, pois, segundo o § 2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, os tratados internacionais adotados pela República Federativa do Brasil incluem-se entre os direitos e garantias previstos na Constituição.





mente, a suspensão dos efeitos da norma internacional.

Em 4.9.1997, completou-se, no Plenário do STF, o julgamento do pedido liminar, que foi atendido por 7 votos a 4, decidindo aquela Excelsa Corte, com fundamento no voto do Min. Celso de Mello, que a referida convenção não seria autoaplicável, visto que o art. 7º, I, da CF exige, como meio para o estabelecimento da garantia geral de emprego no Brasil, lei complementar. Fixou-se, então, o entendimento de que os tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil entram no ordenamento jurídico do país no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias.

De notar que o voto do Min. Carlos Velloso (1997:1161-1169), a propósito da medida liminar, foi contrário à mesma, posto que ele entendia que os referidos decretos não padeciam da eiva da inconstitucionalidade. Argumentava Carlos Velloso:

1) Não há falar em inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158/OIT, ao argumento de que o art. 7º, I, da CF, exige lei complementar na sua regulamentação e, até que esta seja promulgada, tem vigência a regra inscrita no art. 10, I, ADCT, dado que a referida Convenção não faz as vezes de lei complementar. Não ocorre a inconstitucionalidade formal arguida, por isso que o tratado incorpora-se ao direito interno como lei, lei como gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécies. Firmado o Tratado pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e ratificado este pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), dá-se a sua incorporação ao direito interno como lei complementar, se, relativamente à matéria, a Constituição exige essa espécie de lei, mesmo porque não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, sendo que a Constituição reserva para aquela certas matérias. Noutras palavras, se a CF, para determinada

matéria, exige lei complementar, e um certo Tratado dispondo a respeito de tal matéria, é ratificado pelo Congresso Nacional e, por decreto do Chefe do Executivo, é incorporado ao direito interno, é como lei complementar que se dá essa incorporação.

2) A Convenção n. 158/OIT contém direitos e garantias que integram a doutrina dos direitos fundamentais de 2ª geração. Os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratado internacional celebrado pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e ratificado pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), constituem direitos fundamentais que a Constituição consagra – CF, art. 5º, § 2º. Assim, os direitos e garantias contidos na Convenção n. 158/OIT constituem direitos e garantias com vida autônoma, não dependentes das normas inscritas no art. 7º, I, da CF, e art. 10, I, ADCT/CF.

3) O fato de a Constituição não consagrar, no art. 7º, I, c.c. o art. 10, I, ADCT, estabilidade plena, mas indenização compensatória, não faz inconstitucional, sob o ponto de vista material, a Convenção n. 158/OIT, dado que esta não estabelece, apenas, a garantia da reintegração. O que é preciso fazer é interpretar o art. 4º da citada Convenção em consonância com o seu artigo 10, que admite tanto a reintegração como a indenização compensatória. Essa indenização poderia ser arbitrada tendo presentes as normas inscritas nos arts. 477, 478 e 497, CLT. Os Tribunais do Trabalho se incumbirão de construir jurisprudência a respeito.

4) A Convenção n. 158/OIT, nas suas regras maiores, é autoaplicável. Um ou outro dispositivo seu, simplesmente periférico, pode depender de explicitação legislativa. Isto, entretanto, não infirma a autoaplicabilidade da Convenção, nas suas linhas maiores, básicas, certo que essas li-





nhas maiores, básicas, inscrevem-se nos seus arts. 4º e 10.

Ante o óbice decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal e a polêmica que se levantou em vários setores da atividade jurídica nacional, bem assim a pressão da classe empresarial pela invalidação do instrumento em nosso meio, o Governo cedeu, resolvendo denunciar a Convenção n. 158.

Contra essa deliberação se insurgiram segmentos da classe trabalhadora e juristas. Dentre estes, Sússekind (2000:52), que questionava a competência para denunciar a Convenção. Ele distinguia o tratado-contrato do tratado-normativo. O primeiro compõe interesses diversos entre dois ou mais Estados, com prestações recíprocas, podendo ser denunciado pelo próprio Chefe de Estado, que o ratificou. O segundo visa a produzir efeitos jurídicos em relação aos habitantes dos países que a ele aderiram, posto que suas normas se incorporam à legislação nacional; por isso, o instrumento é aprovado pelo Parlamento e depois ratificado pelo Chefe de Estado, tendo como efeito revogar ou modificar as leis que disponham em contrário. Deste tipo são as Convenções aprovadas pela OIT. Assim, parece injurídica sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo, mesmo porque “a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro)” (SÚSSEKIND, 2000:53). Por conseguinte, a denúncia deveria ser autorizada pelo Congresso Nacional, ou submetida ao seu referendo, com a cláusula de condição suspensiva.<sup>(3)</sup>

O Governo brasileiro, em 14.2.2008, novamente submeteu a Convenção n. 158 ao

(3) Sússekind integrava a Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho e, de tão decepcionado com a forma pela qual o Governo brasileiro deliberou a denúncia da Convenção n. 158 da OIT, em sinal de protesto renunciou ao seu mandato na referida Comissão.

Congresso Nacional; mas a proposição foi derrotada na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em 2.7.2008. Após esse revés, a mensagem seguiu para a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, em 13.8.2009. Lá recebeu parecer favorável do Relator, em 12.5.2010, mas ainda não foi submetida à apreciação do Plenário. Encontra-se aguardando a realização de audiência pública, requerida por um dos membros da referida Comissão, desde 26.5.2010.

## Conclusões

Do que acabamos de expor, conclui-se:

1) As normas internacionais têm importância singular e são imprescindíveis para regulação das relações humanas, quer no plano individual, quer no coletivo, neste compreendidas as que se desenvolvem em nível supranacional;

2) No que tange, especificamente, às relações de trabalho, essa função cabe à Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, desde sua criação (1919), vem exercendo eficiente atividade normativa, através da qual contribui significativamente para o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos internos, na espécie, do que resulta a melhoria das condições de vida dos trabalhadores;

3) Dentre as normas produzidas pela OIT nesse sentido, destaca-se a Convenção n. 158, de 1982, sobre o término das relações de trabalho por iniciativa do empregador, visando a protegê-las contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa;

4) A arguição de inconstitucionalidade do referido instrumento não tem – *data venia* da decisão do Supremo Tribunal Federal – consistência jurídica (como atrás ficou demonstrado), posto que seu objeto coincide com o escopo do mandamento inscrito no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988;





4) Seu desiderato atende aos legítimos interesses dos trabalhadores, em contraponto aos reflexos negativos, para eles, do processo de globalização econômica. Nesse contexto, a Convenção n. 158/OIT revela-se extremamente útil, convindo ao país novamente adotá-la e tornar efetivas as diretrizes nela estabelecidas. Aguarda-se, com razoável expectativa, a decisão final do Congresso Nacional sobre a recente proposta do Governo de ratificação desse instrumento internacional, que certamente trará bons frutos para as relações de trabalho no país, concorrendo para o desenvolvimento econômico com justiça social.

### Referências

- CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO: Convenção n. 158, sobre o término da relação de trabalho, 1982. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, 1996, v. 60, n. 5, p. 713-716, maio 1996.
- \_\_\_\_\_. *Protección contra el despido injustificado. Informe III – Parte 4B*, Geneva, 1995.
- ESTÉVES, José B. Acosta. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1997.
- POTOBSKY, Geraldo W. von; CRUZ, Hector G. Bartolomei de la. *La organización internacional del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- SOARES FILHO, J. O Brasil frente à OIT: denúncia da Convenção n. 158. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 1, p. 20-25, 1997.
- SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- VELLOSO, Carlos: A Convenção n. 158 – OIT: constitucionalidade. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 61, n. 9, p. 1161-1169, set. 1997.





# A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva

**Ben-Hur Silveira Claus<sup>(\*)</sup>**

*“... prevalece até hoje, herdado do processo civil, o princípio da execução menos onerosa: protege-se o devedor, que comprovadamente não tem direito (tanto assim que foi condenado) em detrimento de quem, reconhecidamente, está amparado por ele.”*

*Wagner D. Giglio*

## Resumo

- ▶ O presente artigo fundamenta a proposição teórica de inaplicabilidade subsidiária do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho. Trata-se de uma proposta de superação do paradigma teórico civil de que a execução deve ser realizada pelo modo menos oneroso para o executado, condição de possibilidade para a efetividade da execução trabalhista.

## Palavras-chaves

- ▶ Efetividade da jurisdição – execução trabalhista – execução efetiva – princípio da execução mais eficaz – princípio da execução menos gravosa – processo de resultado.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. A execução perdeu eficácia quando passou a ser patrimonial
- ▶ 2. Um princípio sob questionamento no próprio processo civil
- ▶ 3. Compreendendo o princípio da execução menos gravosa no âmbito do processo civil
- ▶ 4. A interpretação restritiva do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho – a evolução da doutrina justrabalhista

---

(\*) Juiz Titular do Trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho – RS, 4ª Região. Mestre em direito pela Unisinos.





- ▶ 5. É o resultado social negativo que muda o paradigma teórico
- ▶ 6. A doutrina pela não aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho
- ▶ Conclusão

## Introdução

Uma das mais nocivas influências do direito processual civil no direito processual do trabalho decorre da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista.

A invocação desse princípio tem servido para justificar diversas restrições que costumam ser opostas ao cumprimento das decisões judiciais; como se as decisões judiciais pudessem ter o seu cumprimento adiado por sucessivos argumentos vinculados ao invocado direito a uma execução menos onerosa para o devedor. Um estudo consequente sobre o déficit de efetividade na execução não pode ser realizado senão mediante o reconhecimento das deformações que esse princípio acarretou à cultura jurídica da execução da sentença, em especial no processo do trabalho, mas também no processo civil.

Essa questão estava presente nas cogitações de Wagner D. Giglio quando, em 2003, o autor identificava as causas da falta de efetividade da execução trabalhista. Depois referir que Luigi de Litala já alertava, no início da década de 1940, que o processo de execução era feito mais para a tutela do devedor do que do credor, o processualista paulista constata que o princípio da execução menos onerosa é uma herança do processo civil que compromete a eficácia do processo do trabalho: "... protege-se o devedor, que comprovadamente não tem direito (tanto assim que foi condenado), em detrimento de quem, reconhecidamente, está amparado por ele".<sup>(1)</sup>

Na afirmação de que a execução trabalhista não se submete ao princípio da menor gravosi-

dade previsto no art. 620 do CPC está pressuposta uma doutrina comprometida com a efetividade da execução trabalhista, sob inspiração da garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV) e da garantia constitucional da duração razoável do processo do trabalho (CF, art. 5º, LXXVIII), ambas qualificadas pelo conteúdo ético que o princípio da proteção irradia para o direito material do trabalho numa sociedade marcada por severa desigualdade social.

Não se trata de uma postulação teórica original.

Se diversos doutrinadores sustentam seja mitigada a aplicação do princípio da execução menos onerosa, vários juristas já passaram a sustentar a inaplicabilidade do art. 620 do CPC à execução trabalhista. Essa última doutrina encontra-se, por exemplo, na obra de José Augusto Rodrigues Pinto.<sup>(2)</sup> Ao lado do jurista baiano, estão juristas de expressão: Antônio Álvares da Silva, Sérgio Pinto Martins, Carlos Henrique Bezerra Leite, Cláudio Armando Couce de Menezes e José Carlos Külzer, entre outros.

O presente artigo constitui um modesto aporte teórico para que façamos a execução trabalhista de forma mais eficaz. Essa preocupação sempre motivou a obra de Wagner D. Giglio: "Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa".<sup>(3)</sup>

(1) GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 172, p. 146, out. 2003.

(2) RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 213.

(3) GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 172, p. 147, out. 2003.





A preocupação de Wagner D. Giglio é a nossa inspiração.

### 1. A execução perdeu eficácia quando passou a ser patrimonial

A execução humanizou-se quando deixou de ser corporal e passou a ser patrimonial. A legislação viria a consagrar a exigência da nova consciência jurídica que se formara sob a inspiração do cristianismo: já não era mais possível admitir a crueldade da execução corporal do executado, que permitia aos credores escravizar o executado, repartir seu corpo e até exigir a morte do devedor. A *Lex Poetelia*<sup>(4)</sup> é um símbolo dessa viragem hermenêutica humanizadora.

Contudo, é inegável que a eficácia da execução diminuiu com o advento de seu novo perfil, de natureza patrimonial. Isso por que o êxito da execução passou a depender da existência de patrimônio do executado. Porém, não só da existência de patrimônio, mas também do registro desse patrimônio em nome do executado e da própria localização dos respectivos bens. Se era difícil a ocultação da pessoa de executado à época da execução corporal, bem mais fácil tornar-se-ia a ocultação de patrimônio com o advento da execução patrimonial, dando ensejo a simulações e fraudes, que ainda hoje caracterizam a execução, sobretudo nos países de sistema jurídico de *civil law*. Aliás, quando se trata de efetividade da jurisdição, é inevitável dirigir o olhar à experiência dos países do sistema jurídico de *commom law* no que respeita à eficácia lá alcançada no cumprimento das decisões judiciais.<sup>(5)</sup>

(4) Antes da *Lex Poetelia* (século V), a Lei das XII Tábuas autorizava o credor a escravizar e até matar o devedor.

(5) “Convém salientar a extraordinária e temível eficácia das decisões da justiça inglesa que não podem ser ridicularizadas, não havendo nenhuma exceção a esse princípio. Os tribunais recorrem para a execução das suas decisões a verdadeiras **ordens** que, se não são respeitadas, são passíveis de sanções muito severas (*contempt of Court*), podendo chegar até a prisão.”

É fácil perceber que determinada perda de eficácia seria inevitável com o advento da execução de natureza patrimonial. As execuções mais eficazes sempre foram aquelas que autorizam a prisão do executado, como é o caso clássico da execução da obrigação de prestar alimentos devidos em face do direito de família. A cultura que se criou na sociedade é a de que não se pode dever alimentos. É por isto que o executado dá um jeito de pagar: para evitar a persuasiva sanção da prisão civil.

É a natureza corporal da sanção que confere eficácia à execução de alimentos. Nesses casos, a iminência da prisão civil do obrigado opera como fator de eficaz persuasão. O mesmo ocorria no caso de depositário infiel até o advento da Súmula Vinculante n. 25 do STF.<sup>(6)</sup> A referida súmula veio a fragilizar a autoridade jurisdicional na relação com o depositário que desrespeita o encargo de direito público que, para permanecer na posse do bem penhorado, assume perante o Poder Judiciário ao ser nomeado depositário.<sup>(7)</sup> Se faltava argumento para remover de imediato o bem penhorado

(SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2006. p. 24, sem grifos no original).

(6) Súmula Vinculante n. 25 do STF: “É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO”.

(7) Entre os enunciados propositivos da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra, em novembro de 2010, em Cuiabá – MT está a proposta de revisão parcial da Súmula Vinculante n. 25 do STF, nos seguintes termos: “PRISÃO POR *CONTEMPT OF COURT* NO PROCESSO DO TRABALHO. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ. POSSIBILIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE REVISÃO PARCIAL DA SÚMULA VINCULANTE N. 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). A prisão civil do depositário judicial economicamente capaz, por estar autorizada pela norma do art. 5º, LXVI, parte final, da Constituição Federal, não se resume à mera ‘prisão civil por dívidas’. Tem natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de *contempt of court*, o que não está vedado pelo Pacto de San José da Costa Rica”.





ao depósito do leiloeiro judicial, a Súmula Vinculante n. 25 do STF tornou incontestável a necessidade da remoção do bem penhorado, sob pena de placitar-se a conduta ilícita do depositário infiel que não apresenta o bem penhorado ao juízo.

A crueldade com a qual o credor podia tratar o devedor não encontra qualquer possibilidade de reprimenda diante da consagração dos direitos fundamentais. Contudo, uma reflexão consequente acerca da baixa efetividade da execução passa pelo reconhecimento de que o potencial de coerção na execução aumenta quando se combina a execução de natureza patrimonial, com aquela de natureza pessoal, em determinadas situações, caracterizadas quando o crédito goza de privilégio jurídico especial, como é o caso da pensão alimentícia do direito de família e como parece deva ser também o caso do crédito trabalhista, cuja natureza alimentar é reconhecida de forma pacífica (CF, art. 100, § 1º).<sup>(8)</sup>

Neste particular, a sempre corajosa doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva deve ser trazida à colação. Ao criticar a monetarização das sentenças mandamentais através da multa como único instrumento de persuasão para induzir o obrigado ao cumprimento de sua obrigação, o processualista propõe o resgate da *categoria dos deveres* como

forma de recuperação da autoridade de nosso sistema judiciário, identificando na ameaça de prisão do obrigado um meio próprio para exigir o cumprimento da obrigação mandamental: “A sociedade humana em que a ameaça de prisão perde a condição de meio coercitivo, capaz de induzir ao cumprimento da ordem contida na sentença, obrigando a que se recorra à multa, como único instrumento capaz de dobrar a resistência de obrigado, é uma comunidade humana individualista e mercantilizada que perdeu o respeito pelos valores mais fundamentais da convivência social, como o autorespeito e a dignidade pessoal, transformada, afinal na ‘grande sociedade’, em que o único dispositivo capaz de assegurar a observância das regras jurídicas é a sua monetarização. Submeter-se à prisão poderá, quem sabe, ser até um fato jornalístico que acabará glorificando o gesto de heroísmo e rebeldia”.<sup>(9)</sup>

Nada obstante o tema do presente artigo seja a inaplicabilidade do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho, a reflexão agora proposta serve de aporte crítico para o debate que se propõe, porquanto a aplicação do princípio da execução menos onerosa ao processo do trabalho tem contribuído para o enfraquecimento da execução trabalhista, quando o resgate da efetividade da execução reclama crescente poder de coerção jurisdicional na exigência do cumprimento das decisões judiciais trabalhistas.

(8) CF, “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto aqueles referidos no § 2º deste artigo”.

## 2. Um princípio sob questionamento no próprio processo civil

O princípio da execução menos gravosa encontra-se sob interrogação no próprio processo civil, tamanhos são os prejuízos que causa à efetividade da execução. Neste particular, a eloquente crítica que Cândido Rangel

(9) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia – o paradigma racionalista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 200.





Dinamarco desenvolve acerca das distorções que a aplicação do art. 620 do CPC provoca na execução civil faz lembrar a afirmação do magistrado trabalhista Marcelo Neves Fava no sentido de que o art. 620 do CPC não pode ser lido como uma carta aberta de alforria do devedor.<sup>(10)</sup> Não pode, mas tem sido assim, especialmente no processo civil, mas muitas vezes também no processo do trabalho.

O ilustre processualista civil, escrevendo após mais de trinta anos de vigência do CPC Buzaid e sob o peso da ineficácia da maior obra da Escola Processual Paulista, reconhece os prejuízos que a referida norma do art. 620 do CPC tem causado à efetividade da execução civil, postulando a revisão da forma abusiva com que se tem invocado, compreendido e aplicado o princípio da execução menos gravosa no processo civil: “... as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o *devedor infeliz e de boa-fé*, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida ou dos negócios (Rubens Requião), e o caloteiro *chicanista*, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais frequentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor”.<sup>(11)</sup>

*Dinamarco* é enfático quanto à necessidade de alterar a cultura de descumprimento das decisões judiciais no processo civil, propondo que se utilize o método mais eficaz para realizar a execução. Isso sob pena de inviabilizar-se o próprio sistema judiciário e de frustrar o

compromisso constitucional de acesso à jurisdição efetiva – porquanto jurisdição efetiva pressupõe execução efetiva: “Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-juiz a cumprir seu dever de oferecer tutelas jurisdicionais adequadas e integrais sempre que possível. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e por em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV)”.<sup>(12)</sup>

Porém, é preciso compreender que a ineficácia da execução é herdeira da congênita baixa eficácia a que o sistema jurídico nacional tem relegado a sentença condenatória. A pesquisa de Paulo Henrique Conti tem a virtude de trazer luz a essa questão, permitindo identificar um antecedente histórico fundamental para a compreensão desse problema central do sistema jurídico brasileiro: “A resistência do devedor tornou-se regra, e não exceção! Na prática forense, a presunção que prevalece não é a de que a sentença deve ser cumprida pronta e imediatamente após proferida, em toda sua extensão, mas sim de que as obrigações nela contidas devem ser satisfeitas apenas após sua ‘lapidação’ pelas vias de resistência do devedor, incidentais à execução ou endoexecutivas, típicas ou atípicas”.<sup>(13)</sup> O autor identifica no CPC de 1973 uma das fontes do enfraquecimento da

(10) FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 156.

(11) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 63.

(12) *Op. cit.*, p. 63.

(13) CONTI, Paulo Henrique. A nova sentença condenatória – uma abordagem ideológica. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). *Execução trabalhista* – Amatra X. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 77.





autoridade da sentença. É que o CPC de 1973, a pretexto de conferir tratamento uniforme às execuções – tanto àquelas fundadas em sentença, quanto àquelas fundadas em títulos extrajudiciais –, acabou retirando eficácia da sentença condenatória, rebaixando o grau de certeza do título executivo judicial ao nível inferior de certeza reconhecido aos títulos extrajudiciais. Esse quadro de desprestígio à sentença condenatória no processo civil é confirmado pela decisiva circunstância de que a regra no processo civil é o duplo efeito conferido ao recurso de apelação (CPC, art. 520, *caput*, primeira parte). Neste contexto, o dever de colaboração das partes na execução é uma quimera, sobretudo no que diz respeito ao executado, que costuma resistir por todos os meios ao cumprimento da decisão judicial.<sup>(14)</sup>

As reais distorções que a aplicação do art. 620 do CPC tem causado ao direito processual do trabalho foram objeto da reflexão científica de um dos juristas que mais tem se notabilizado pela preocupação com a efetividade da jurisdição trabalhista. Antônio Álvares da Silva observa que “o art. 620 do CPC não pode ser uma porta aberta à fraude e à ineficácia do comando sentencial. A lei fala que, na hipótese de existência de ‘vários modos’ pelos quais o credor possa executar a sentença, o juiz escolherá o menos gravoso. Mas é necessário que existam estes ‘vários modos’ e que eles não importem na diminuição de nenhuma medida prevista em lei para a entrega da prestação jurisdicional. Por exemplo, se a penhora tem uma ordem preferencial, e o credor deseja a penhora em dinheiro cuja existência ficou

comprovada, não se há de romper com a preferência legal, porque o executado alega prejuízo pessoal, comercial ou de qualquer espécie. Ao aplicar a regra do art. 620, há que se considerar o que dispõe a regra do art. 612, de que ‘a execução se realiza no interesse do credor’. Este é que é o verdadeiro norte da execução e vale como orientação geral dos atos que nela se devam praticar. Quem ganhou deve executar com êxito”.<sup>(15)</sup>

Ao lado de Antônio Álvares da Silva, alinha-se a doutrina Francisco Antonio de Oliveira. Para o jurista paulista, a reflexão que se impõe é pensar sobre os efeitos deletérios que o art. 620 do CPC produziu no âmbito do processo civil: “O processo civil extrapolou em cuidados, exigindo que a execução seja feita da forma menos gravosa, quando a execução puder ser feita por vários meios (art. 620, CPC), princípio que vem sendo deturpado por interpretações incoerentes, desmerecendo o credor”.<sup>(16)</sup>

### 3. Compreendendo o princípio da execução menos gravosa no âmbito do processo civil

Quando se examina o tema da execução menos gravosa para o executado no âmbito do processo civil, a primeira questão que se impõe examinar diz respeito à hierarquia dos princípios reitores da execução.

Para o objetivo do presente estudo, trata-se de cotejar o princípio da execução mais eficaz com o princípio da execução menos gravosa. Neste particular, é preciso resgatar a consideração básica de que o princípio da execução mais eficaz prevalece sobre o princípio da execução menos gravosa. Essa consideração decorre tanto de fundamento

(14) FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 156. Pondera o autor: “No plano da principiologia, mais comum do que os deveres de cooperação do executado, faz-se presente a evocação do art. 620 do Código de Processo Civil, que dá ao devedor o direito de ter contra si a execução *menos gravosa*. Ora, o advérbio de comparação – menos – tem por pressuposto a existência de dois modos igualmente suficientes e eficazes para a realização concreta do título executivo”.

(15) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 65/66.

(16) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na justiça do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.





lógico quanto de fundamento axiológico. O fundamento lógico está em que a execução forçada constitui o sucedâneo do não cumprimento espontâneo da sentença: a execução forçada somente se faz necessária porque o executado não cumpre sua obrigação espontaneamente; citado para pagar, o executado omite-se. O fundamento axiológico está em que o equilíbrio da ordem jurídica somente se restaura mediante a reparação do direito violado pelo cumprimento da obrigação estabelecida na sentença; cumprimento coercitivo, regra geral.

A superioridade hierárquica do princípio da execução mais eficaz sobre o princípio da execução menos gravosa, além de decorrer de fundamento lógico e axiológico, encontra confirmação na dimensão tópico-sistemática do ordenamento jurídico, porquanto as fontes normativas desses princípios estão localizadas em dispositivos legais hierarquizados em uma determinada estrutura normativo-sistemática, típica das codificações. Examinemos esse aspecto topológico-sistemático.

Enquanto o princípio da execução mais eficaz está implícito no preceito do art. 612 do CPC, que fixa a diretriz de que a execução realiza-se no interesse do credor, o princípio da execução menos onerosa está previsto no art. 620 do CPC. Ambos os preceitos estão localizados no capítulo que trata das disposições gerais sobre a execução. Porém, o art. 612 *precede* ao art. 620. Essa precedência tópica expressa a preeminência que o sistema normativo outorga ao credor na execução, ao estabelecer que “... realiza-se a execução no interesse do credor” (CPC, art. 612). Além disso, o art. 612 *abre* o respectivo capítulo do CPC, fixando a *regra geral* da execução: a execução realiza-se no interesse do credor.<sup>(17)</sup> Já o art. 620 do CPC *encerra* o capítulo,

(17) É intuitivo que a regra geral de que a execução realiza-se no interesse do credor deve ganhar maior densidade em se tratando de execução de título executivo judicial.

estabelecendo uma *exceção* àquela regra geral: a execução será feita pelo modo menos gravoso para o devedor, *quando* por vários meios o credor puder promover a execução.

A natureza excepcional da regra do art. 620 do CPC torna-se ainda mais evidente quando se atenta à diretriz hermenêutica de que o preceito exceptivo deve ser examinado à luz da regra geral. Em segundo lugar, o advérbio de tempo *quando* indica que a regra de exceção terá cabimento somente em determinada situação específica (e em concreto), o que exige exame casuístico para aferir a configuração da hipótese exceptiva. É preciso que seja possível, no caso concreto, realizar a execução por vários modos. E isso constitui exceção na prática, pois geralmente a execução não pode ser realizada por vários meios. Mas também é necessário que a execução seja igualmente eficaz pelos diversos modos viáveis para a sua realização, a fim de que tenha incidência o preceito excepcional do art. 620 do CPC. E isso constitui exceção na prática; é que a adoção de um determinado meio costuma tornar a execução mais eficaz. O art. 612 do CPC recomenda que se opte por esse meio mais eficaz de concretizar a execução.

Vale dizer, a incidência da regra excepcional do art. 620 do CPC tem por pressuposto a observância à regra geral da execução mais eficaz. Não se trata, portanto, de uma norma para neutralizar a regra geral da execução mais eficaz: a exceção confirma a regra, não podendo sobrepujá-la. Trata-se de uma regra que, desde que esteja assegurada a execução mais eficaz, permite que a execução seja feita por modo que seja menos gravoso para o executado no caso concreto. De acordo com a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira, é necessário compreender que a execução trabalhista deve ser realizada no interesse do credor e não no interesse do devedor. O jurista paulista explica: “Menos gravoso não significa que, se houver duas possibilidades de cumprimento da obrigação que satisfaçam da





mesma forma o credor, escolher-se-á aquela mais benéfica ao devedor. Se existirem duas formas de cumprimento, mas uma delas prejudica o credor, escolher-se-á aquela que beneficia o credor”.<sup>(18)</sup>

Se houver vários modos de promover a execução e todos forem eficazes na mesma medida, somente então a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o executado. Contudo, se a execução for mais eficaz quando realizada pelo modo mais gravoso para o executado, tem aplicação a regra geral do art. 612 do CPC: adota-se a execução desse modo, não porque seja o mais gravoso, mas porque é o mais eficaz no caso concreto. Da mesma forma, adota-se o modo menos gravoso quando for ele o mais eficaz para a execução, não porque seja o menos gravoso, mas por ser o mais eficaz no caso concreto.

#### **4. A interpretação restritiva do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho – a evolução da doutrina justralhista**

A baixa eficácia da execução atenta contra a garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Daí a doutrina ter evoluído para postular uma nova interpretação para o princípio da execução menos gravosa. Isso porque a aplicação do art. 620 do CPC dificulta o êxito das execuções, quadro que coloca em questão a própria eficiência do Poder Judiciário.<sup>(19)</sup>

No processo civil, a execução tem o executado em situação de inferioridade econômica em relação ao exequente, ao passo que,

no processo do trabalho, é o exequente a parte que se encontra em situação de hipossuficiência econômica em relação ao executado. A situação inverte-se. E a hermenêutica não pode desconhecer os fatos em relação aos quais, o direito será aplicado (LICC, art. 5º). A parte hipossuficiente não tem condições econômicas para resistir à demora processual. Vai se tornando cada vez mais vulnerável a acordos prejudiciais.

Sendo o executado a parte hipossuficiente no processo civil, compreende-se que o princípio da menor gravosidade possa socorrer-lhe eventualmente (CPC, art. 620). Porém, mesmo aí esse socorro somente se faz viável depois de assegurada a prevalência do princípio de que a execução realiza-se no interesse do credor (CPC, art. 612). Vale dizer, esse socorro está condicionado à preeminência da eficácia da execução. Nesse particular, a execução civil será realizada da forma menos gravosa somente depois de garantida a maior eficácia na sua consumação. Em outras palavras, mesmo no processo civil, sobretudo depois das referidas minirreformas legislativas, a execução realiza-se pela forma mais eficaz, independentemente de ser a forma mais ou menos gravosa. Não é a maior ou a menor gravosidade que define o modo pelo qual a execução civil realizar-se-á. A execução civil realizar-se-á pelo modo mais eficaz. Essa é a interpretação que se impõe à leitura do art. 620 do CPC após as minirreformas legislativas realizadas no processo civil. Isso porque as minirreformas legislativas reforçaram o compromisso com a efetividade da execução, o que realça a ideia de que o preceito exceptivo do art. 620 do CPC subordina-se ao princípio geral do art. 612 do CPC. A execução civil realiza-se no interesse do credor. Esse princípio preside a execução. De modo que, para a consecução da execução, o magistrado orientar-se-á pela maior eficácia do procedimento executivo.

A não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho

(18) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na justiça do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

(19) CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**...”.





decorre de um fundamento socioeconômico específico à relação jurídica de direito material do trabalho. Trata-se da natureza alimentar do crédito trabalhista. Esse elemento é decisivo, pois se cuida da tutela jurídica da própria subsistência da pessoa do trabalhador. Não se precisa sequer recordar que o interesse econômico do empregador subordina-se ao interesse de sobrevivência digna do trabalhador. Basta pensar que a execução trabalhista visa recompor, e *a posteriori*, o equilíbrio decorrente do descumprimento da legislação do trabalho já ocorrida há muito tempo. Se no processo civil, o executado costuma ostentar situação econômica de inferioridade em relação ao exequente, no processo do trabalho a situação é oposta – o exequente é a parte hipossuficiente. Daí a necessidade de tutela jurídica efetiva, sem demora.

### 5. É o resultado social negativo que muda o paradigma teórico

Os modelos teóricos não costumam progredir por força de *insights* dos cientistas. Se a aplicação de determinado modelo teórico produz resultado social negativo, aí então o paradigma ingressa num ambiente de questionamento teórico, com vistas à produção de um resultado social aceitável. Em outras palavras, é o resultado social alcançado pelo modelo teórico adotado que interroga o paradigma científico. Boaventura de Sousa Santos sintetiza assim a influência decisiva que o resultado social tem na ruptura do paradigma científico: “Só a concepção pragmática da ciência permite romper a circularidade da teoria”.<sup>(20)</sup>

(20) SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1990. p. 170: “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjectivo que tem eficácia específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas consequências que produz na comunidade científica e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença

A aplicação do princípio da execução menos onerosa para o devedor é um dos fundamentos que entravam a execução trabalhista. Vale dizer, o resultado social da aplicação deste princípio tem sido manifestamente negativo para a efetividade da execução na Justiça do Trabalho. Isso porque o referido princípio tem sido invocado para justificar as principais medidas de resistência à execução trabalhista e tem sido muitas vezes acolhido em detrimento ao princípio da execução mais eficaz. O prejuízo à efetividade da jurisdição trabalhista é evidente (CLT, art. 765). Como lembra Hermann de Araújo Hackradt, “nenhum dano se torna maior do que o próprio desvirtuamento do conceito de Justiça Social através de um procedimento ineficaz e demorado, principalmente quando se tem em contraposição uma correlação de forças absolutamente desigual”.<sup>(21)</sup>

Esse aspecto não escapou à percepção de *Leonardo Dias Borges*. Examinando os efeitos nocivos decorrentes da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista, o jurista identifica no art. 620 do CPC uma das causas da ineficácia da jurisdição trabalhista: “Procrastinar desnecessariamente o processo, sob o falacioso argumento da ampla defesa e dos demais institutos que norteiam a execução civil, por vezes incompatíveis, em sua totalidade, com a execução trabalhista, é desumanizar o direito, bem como desconhecer-lhe a origem e a finalidade”.<sup>(22)</sup>

---

mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria”.

(21) HACKRADT, Hermann de Araújo. Princípios da execução e o art. 620 do CPC. In: *Processo de execução – homenagem ao ministro Francisco Fausto*. São Paulo: LTr, 2002. p. 24.

(22) BORGES, Leonardo Dias. *O moderno processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 80.





Também Carlos Eduardo Oliveira Dias e Ana Paula Alvarenga Martins perceberam os concretos efeitos deletérios que a aplicação do art. 620 do CPC no processo do trabalho tem causado à efetividade da execução trabalhista, conforme revela a realista observação respectiva: “...o objetivo principal da execução é a satisfação do crédito, não podendo ser invocado o art. 620 do CPC como forma de suprimir a verdadeira efetividade do processo, transformando a execução, que seria um direito do credor, em um verdadeiro suplício”.<sup>(23)</sup> A distorcida cultura jurídica criada a partir do art. 620 do CPC tem deturpado a ideia de respeito às decisões judiciais, justificando infundados atos de resistência ao cumprimento das sentenças, de modo que resistir ao cumprimento da sentença tem se tornado um rito necessário, capaz de legitimar inúmeros incidentes – a maioria, protelatórios – destinados a eternizar as demandas. Francisco Antonio de Oliveira, sempre atento às consequências práticas da aplicação da legislação, observa que atualmente, na vigência do art. 620 do CPC, “em vez de honrar a obrigação, a empresa procrastina a execução com o uso de inúmeros expedientes processuais e aplica o dinheiro em seu capital de giro, cujo rendimento servirá para saldar a execução de forma vantajosa. Isso quando não vence o exequente pela demora e acaba por fazer um acordo vantajoso, com o pagamento de valor irrisório, depois de ganhar a ação e esperar vários anos”.<sup>(24)</sup>

Assim compreendida a questão, a não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho é uma condição científica e social para a realização das garantias constitucionais da efetividade da

jurisdição e da duração razoável do processo. Essa conclusão se torna ainda mais consistente diante da doutrina processual contemporânea que extrai da ordem constitucional a existência de uma garantia fundamental à tutela executiva efetiva (Marinoni).

Mas haveria fundamento para acolher tal conclusão? Diversos juristas vem afirmando que sim.

## **6. A doutrina pela não aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho**

Se alguns juristas limitam-se a mitigar a aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho, outros juristas são categóricos em sustentar a inaplicabilidade desse princípio na execução trabalhista.

Enquanto Francisco Meton Marques de Lima pondera que a execução “deve ser econômica, da forma menos gravosa para o executado, desde que satisfaça, de maneira mais efetiva possível, o direito do exequente”,<sup>(25)</sup> Carlos Henrique Bezerra Leite faz um resgate autêntico da autonomia do direito processual do trabalho e propõe “inverter a regra do art. 620 do CPC para construir uma nova base própria e específica do processo laboral: a execução deve ser processada de maneira menos gravosa ao credor”.<sup>(26)</sup>

A posição de Cláudio Armando Couce de Menezes é semelhante àquela defendida por Carlos Henrique Bezerra Leite. Depois de fundamentar seu posicionamento na condição de inferioridade econômica do trabalho, Couce de Menezes sustenta que “...

(23) DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; MARTINS, Ana Paula Alvarenga. *Os abusos do devedor na execução trabalhista*. Estudos de processo de execução. São Paulo: LTr, 2001. p. 182.

(24) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na justiça do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.

(25) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual sintético de processo e execução do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 142.

(26) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 977.





não cabe perquirir se a execução pode ser feita de forma menos onerosa ao empregador executado. Mas, sim, como fazê-lo de maneira a torná-la mais rápida, célere e efetiva, evitando manobras de devedor destinadas a impedir ou protelar a satisfação do crédito obreiro”.<sup>(27)</sup>

Para José Augusto Rodrigues Pinto a aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho não passa pelo crivo do art. 769 da CLT. Entende o jurista que não se faz presente no caso o requisito da compatibilidade do art. 620 do CPC com os princípios do direito processual do trabalho.

A consistência da fundamentação justifica a reprodução integral do argumento: “Reflita-se imediatamente sobre o pressuposto da *compatibilidade*, fixado no art. 769 da CLT para autorizar a aplicação supletiva da norma de processo comum ao sistema processual trabalhista. O art. 620 do CPC é, evidentemente, *tutelar do interesse do devedor*, exposto à violência da constrição. A tutela é bastante compreensível dentro de um sistema processual que navega em águas de interesse processuais caracteristicamente privados, porque oriundos de relação de direito material subordinada à ideia da *igualdade jurídica e da autonomia da vontade*. O sistema processual trabalhista flutua num universo dominado pela prevalência da *tutela do hipossuficiente econômico*, que se apresenta como *credor da execução trabalhista*. Em face da evidente *oposição de pressupostos*, sustentamos que, *em princípio, o art. 620 do CPC não pode suprir a omissão legal trabalhista*, por ser incompatível com a filosofia tutelar do economicamente fraco, que lhe dá caráter. Sua aplicação coloca em confronto a proteção do interesse econômico do devedor (a empresa) e o direito alimentar do credor (o empregado), a cujo respeito não pode haver hesitação de posi-

(27) MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Teoria geral do processo e a execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003. p. 171.

cionamento do juiz do trabalho ao lado do empregado”.<sup>(28)</sup>

A incompatibilidade do art. 620 do CPC com o direito processual do trabalho também é identificada por José Carlos Külzer. Para o autor, o princípio da proteção deve ser aplicado também na fase de execução, “... não podendo assim ser transposta para o Processo do Trabalho, pura e simplesmente, a recomendação do art. 620 do Código de Processo Civil de que a execução se processe pelo modo menos gravoso ao devedor, sem ser considerado que tal regra tem como pressuposto a igualdade das partes na fase de conhecimento, o que não acontece, no entanto, no Direito do Trabalho”.<sup>(29)</sup>

O aperfeiçoamento do processo do trabalho postulado por Wagner D. Giglio tem em Sergio Pinto Martins um de seus mais lúcidos defensores: “Na execução trabalhista deveria ser abandonado o princípio da execução menos onerosa para o devedor (art. 620 do CPC), para a mais eficiente e rápida, mas sempre prestigiando o contraditório e a ampla defesa”.<sup>(30)</sup>

## Conclusão

Uma adequada hermenêutica para a execução trabalhista tem como primeira fonte de direito a Constituição Federal. Mais precisamente, o ponto de partida está na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), aqui compreendida como a concreta garantia de alcançar o pagamento do crédito trabalhista previsto na sentença. Além disso, tal pagamento deve ser

(28) RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 213.

(29) KÜLZER, José Carlos. *A contribuição dos princípios para a efetividade do processo de execução na justiça do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008. p. 39/40.

(30) MARTINS, Sergio Pinto. Novos rumos do processo do trabalho. In *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS, n. 325, p. 74, jan. 2011.





realizado em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII). A imperatividade desses comandos constitucionais ganha ainda maior densidade sob o influxo do princípio jurídico da proteção, que inspira o direito material do trabalho, mas também se comunica ao direito processual do trabalho, porquanto se trata de execução de crédito de natureza alimentar a que a ordem legal confere privilégio diante de créditos de outra natureza jurídica (CTN, art. 186); mais do que isso, se trata de crédito representativo de direito fundamental (CF, art. 7º).

No esforço hermenêutico desenvolvido para dotar a jurisdição trabalhista de maior efetividade, a jurisprudência trabalhista evoluiu para afirmar que a existência de previsão legal de que a arrematação realizar-se-á pelo maior lance (CLT, art. 888, § 1º) é suficiente para afastar a aplicação subsidiária do conceito de preço vil previsto no art. 692 do CPC na execução trabalhista, por inexistência de omissão do processo do trabalho (CLT, art. 769).

Assim como a execução trabalhista ganhou efetividade ao rejeitar a aplicação subsidiária do art. 692 do CPC, é chegado o momento de evoluir para, por incompatibilidade (CLT, art. 769), rejeitar a aplicação subsidiária do art. 620 do CPC na execução trabalhista, para o resgate da vocação do processo do trabalho como processo de resultado.

A propósito de efetividade da execução, é interessante recordar a consideração com a qual Wagner D. Giglio inicia o texto – histó-

rico – que fornece a epígrafe do presente artigo: “Um hipotético observador, nos últimos anos deste século, provavelmente consideraria nosso atual processo, em geral, e o trabalhista, em particular, com o espanto e a incredulidade que, hoje, nos despertam os ‘juízos de Deus’ e a Justiça Medieval. E perguntaria a si mesmo como teriam os jurisdicionados de nossos dias suportado o suplício de aguardar a solução de sua demanda por anos e anos, sem desespero ou revolta”.<sup>(31)</sup>

O recente anteprojeto de lei apresentado pelo TST ao Congresso Nacional, para aperfeiçoar a execução trabalhista, parece ter buscado inspiração na doutrina de Wagner D. Giglio. Conforme inicialmente mencionado, o erudito processualista paulista afirmara: “Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa”.<sup>(32)</sup> Desde então passaram quase dez anos. Nesse período, sobreveio a Emenda Constitucional n. 45/2004, que eleva a duração razoável do processo à condição de garantia fundamental do cidadão. O CPC foi dinamizado, para recuperar efetividade. O art. 878-D do anteprojeto do TST propõe: “Art. 878-D. Havendo mais de uma forma de cumprimento da sentença ou da execução do título extrajudicial, o juiz adotará sempre a que atenda à especificidade da tutela, à duração razoável do processo e ao interesse do credor”.<sup>(33)</sup>

São ventos benfazejos.

(31) GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 172, p. 146, out. 2003.

(32) *Ibidem*, p. 147.

(33) O anteprojeto de lei do TST foi concluído em maio de 2011. Prevê alterações na CLT, com a finalidade de dotar a execução trabalhista de maior efetividade e celeridade.





# O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego<sup>(\*\*)</sup>

Oscar Krost<sup>(\*)</sup>

*“As coisas geometrizadas pelo frio mostravam-se voláteis.”*

Ramil (2008, p. 8)

## Palavras-chave

- ▶ Boa-fé objetiva – princípio – direito do trabalho – relação de emprego – responsabilidade civil.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Boa-fé objetiva como princípio de direito. Conceito. Histórico
- ▶ 2. Boa-fé objetiva na relação de emprego. Fases pré-contratual, contratual e pós-contratual
- ▶ Conclusões
- ▶ Referências

## Introdução

O Direito do Trabalho tem origem no Direito Civil, alcançando sua autonomia por fatores das variadas ordens, tais como a complexidade da matéria, a homogeneidade da doutrina, a metodologia específica e a sistematização normativa, esta inclusive em sede constitucional, de acordo com Camino (2004, p. 59), mas principalmente pela distinção material intransponível existente entre os contratantes.

Contudo, sendo o contrato de trabalho a base da vinculação entre empregado e empregador e a causa – *direta ou indireta* – de todos os direitos e deveres das partes, se faz inevitável a influência de regras e Princípios caros ao Direito Privado, se compatíveis com a dogmática juslaboral (art. 8º da CLT).<sup>(1)</sup>

(\*) Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC.

(\*\*) Estudo dedicado ao amigo Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa por sua promoção ao cargo de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4ª Região, bem como pelo exemplo vivo da boa-fé.

(1) Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.





Como expoente deste quadro, o *Princípio da Boa-Fé Objetiva*, cuja importância transcende a esfera acessória dos negócios jurídicos, exercendo papel de verdadeiro norte aos contratantes, por um agir diligente e livre de vícios.

Assim, propõe-se no presente estudo a análise da boa-fé objetiva, partindo do conceito e origem, passando pela influência em todas as fases do contrato de trabalho, inclusive a anterior à formação e a posterior à ruptura, e chegando a propostas de cunho prático em decorrência da análise de influência no direito material. Para tanto, serão examinados textos doutrinários e normativos, além de precedentes jurisprudenciais.

## 1. Boa-fé objetiva como princípio de direito. Conceito. Histórico

Inexiste um conceito abrangente de boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro, argumentando Araújo (1996, p. 21) não possuir a expressão “uma definição exata, tanto no Direito Privado genericamente quanto no Direito do Trabalho especificamente”. Tal circunstância não resulta do acaso, sendo decorrência de sua própria evolução histórica no Direito Ocidental.

Em Roma, a questão recaía sobre o termo *fides*, separado em dois planos: interno e externo. O primeiro correspondia às promessas e aos deveres por proteção, do *cliens*, classe intermediária entre cidadãos e escravos, enquanto que o segundo dizia respeito à “submissão dos povos conquistados e sua assimilação à ordem romana”, também de acordo com Araújo (1996, p. 23-4).

Com o passar do tempo, o vocábulo passou a ser adotado de modo complexo, como *fides bona* ou *bona fides*, permitindo, em contendas submetidas a um Juiz, que a controvérsia fosse examinada de forma mais ampla e dinâmica, sem a fiel observância, comum à época, da ritualística vigente.

Sob a influência grega, houve uma aproximação da boa-fé à *aequitas* (equidade), fórmula de interpretação ou Princípio de Direito útil a orientar o julgador na resolução de casos não disciplinados pelas regras.

Posteriormente, a partir da Idade Média, incorporou o Direito Romano, pelo contato com a cultura germânica, a ideia de lealdade e confiança à boa-fé, figurando pela primeira vez em uma codificação em 1804, no Código Civil de Napoleão. Porém, era tido como um valor menor, prevalecendo uma visão individualista pautada na autonomia da vontade (ARAÚJO, 1996, p. 26-7). Neste cenário, o Juiz deveria atuar como mero aplicador da lei, a qual pretendia reger todas as hipóteses fáticas, sem qualquer lacuna ou contradição.

Apenas em 1900, com o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), alcançou a boa-fé maior reconhecimento, sendo feita, inclusive, a distinção entre suas faces subjetiva e objetiva (*guter glauben e treu und glauben*), vindo a influenciar diversas codificações, por todo o mundo, como a italiana (1942), portuguesa (1966) e espanhola (1974) (HENTZ, 2007).

No ordenamento jurídico brasileiro, foi positivada pela primeira vez no Código Comercial (1850, art. 131, “1”),<sup>(2)</sup> não alcançando qualquer efetividade, tendo papel limitado a mero critério de interpretação.

O registro seguinte no país veio com o Código Civil (1916, art. 112)<sup>(3)(4)</sup> novamente

(2) Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobre-ditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

(3) Art. 112. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor.

(4) Na realidade, além do art. 112, atinente à parte geral, é feita menção à boa-fé em mais 24 disposições do





com pouca importância, por conta da pretensão de Clóvis Beviláqua, autor do projeto, à plenitude e de seu apego à segurança, certeza e clareza, inviabilizando a formulação de cláusulas abertas, segundo Martins-Costa (2000, p. 267).

Após o término da Segunda Grande Guerra, ainda sob o impacto do legado deixado por regimes ditatoriais legitimados pelo positivismo jurídico levado a seu extremo, ocorre a reavaliação em diversos países das estruturas que formavam cada ordenamento normativo, perdendo espaço o modelo rígido, com aspiração à completude e sem incongruências, composto basicamente por regras formais harmonizadas segundo critérios lógicos e primando pela segurança jurídica.

Ganha evidência o conceito de um complexo de normas, aí incluídos além das regras os Princípios, inacabado e em constante evolução, objetivando um maior grau de justiça. Os valores, considerados até então um mal a ser expurgado do direito, passam a ocupar o papel de legítima fonte, deixando o Juiz de ser “a boca da lei”, para se tornar um verdadeiro construtor do sentido das normas.

A este respeito, leciona Reale (2003):

“O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes.”

Assim, quase ao final do século XX, pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, arts. 4º, inciso

III, e 51, inciso IV),<sup>(5)</sup> consequência direta dos fundamentos adotados pela nova Constituição, em especial ao presente estudo, de valorização social do trabalho e da livre iniciativa (1988, arts. 1º, inciso IV e 170),<sup>(6)</sup> ocorre a plena consagração da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como elemento útil à interpretação de cláusulas contratuais e à integração das obrigações.

Seguindo a escola alemã, também no Brasil há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a manifestação da boa-fé sob duas vertentes diversas, porém complementares: a subjetiva e a objetiva.

A primeira corresponde ao *animus* dos sujeitos envolvidos na relação jurídica e ocupa o plano volitivo, de intenções. É capaz de acar-

(5) Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(6) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; 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.

Código Civil de 1916 (arts. 221, 255, 337, 490, 491, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619, 622, 933, 935, 968, 1.072, 1.272, 1.382, 1.404, 1.443 e 1.477), sem maior relevância, afetos a diversos ramos, como ao direito das coisas, de família, societário e securitário.





retar a declaração de invalidade do negócio, quando maculada por vício grave (**art. 112 do Código Civil**).<sup>(7)</sup>

A segunda se apresenta como um “padrão ético de conduta e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social”, nas palavras de Aguiar Júnior (1991, p. 239), ou seja, o agir de quem se preocupa de modo razoável em não causar danos a terceiros, sob quaisquer aspectos (**art. 749 do Código Civil**).<sup>(8)</sup>

Para Couto e Silva (1976, p. 30), a boa-fé objetiva “contribuiu para determinar ‘o que’ e ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”, esclarecendo Pontes de Miranda (2000, p. 374):

“Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.”

Ambas as faces se encontram em todos os vínculos, não sendo a subjetiva, por vezes, passível de análise ou prova pela parte contrária, o mesmo não ocorrendo com a objetiva.

Por conta do grau de abstração e da importância para as relações obrigacionais, é considerada verdadeiro **Princípio Geral de Direito** Aguiar Júnior (1991, p. 239), do qual emanam legítimas diretrizes, as quais, para Plá Rodrigues (1978, p. 15), possuem tripla função, pois “podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.

(7) Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

(8) Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

Apresenta-se no Direito Brasileiro, explícito quanto ao conceito, porém implícito, no tocante ao dever de observância (**arts. 113, 187 e 422 do Código Civil**).<sup>(9)</sup>

Acerca dos Princípios implícitos, de grande valia a posição de Grau (2002, p. 38), no sentido de que “não constituem criação jurisprudencial; e não preexistem externamente ao ordenamento”, sendo, na realidade, apenas descobertos em cada caso, pois se “encontravam, em estado de latência”.

A relação de emprego, por conta da desigualdade de forças dos contratantes é influenciada pelo **Princípio Protetivo** e suas projeções (*in dubio pro operario, aplicação da regra mais favorável e da condição mais benéfica*), atraindo a influência dos demais, principalmente o da **Boa-Fé Objetiva**, em todas as fases do contrato (antes, durante e depois), norteando o agir de ambos os sujeitos.

## 2. Boa-fé objetiva na relação de emprego. Fases pré-contratual, contratual e pós-contratual

Embora as obrigações principais de empregado e empregador sejam prestar trabalho e pagar salários, não há como deixar de reconhecer a complexidade alcançada pela relação de emprego, verdadeiro feixe obrigacional,<sup>(10)</sup> sendo que notória a relevância do agir ético por ambos os sujeitos nos lapsos pré-contratual, contratual e pós-contratual.

(9) Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

(10) Confirmando a complexidade obrigacional do contrato de trabalho, as diversas condutas cuja violação pode configurar justa causa, conforme rol exemplificativo dos arts. 482 e 483 da CLT.



Na fase anterior à admissão do trabalhador, devem os contratantes evitar a criação de falsas expectativas no outro, fornecendo informações verídicas a respeito de tudo o que for relevante ao ajuste, independentemente de solicitação, tal como experiências prévias, conhecimentos técnicos, valores de salários, horários de trabalho e benefícios, sempre observados os limites estabelecidos em lei (**art. 373-A, inciso IV, da CLT**).<sup>(11)</sup>

Encerrada a etapa de tratativas, ficam os sujeitos vinculados às próprias ofertas (**art. 427 do Código Civil**),<sup>(12)</sup> não podendo delas desistir sem uma justificativa relevante, sob pena de gerar danos e o dever de repará-los.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou o autor a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva, o deferimento de indenização pela perda de uma chance é medida que se impõe, a qual deverá reparar os danos sofridos pelo demandante quanto à 'perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, *in casu*, a contratação e prestação de serviços em prol da Reclamada' (Sentença, fl. 153). (TRT da 3ª Região, processo n. 0000035-32.2011.5.03.0012, Relator Des. Federal do

Trabalho Marcelo Lamego Pertence, 7ª Turma, publicado em 9.6.2011)

EMENTA: PROMESSA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. DANO MORAL. Tendo havido entrevista, exame admissional, abertura de conta para recebimento de salário e entrega da documentação, há a formação de um pré-contrato, fase em que também as partes devem respeitar o princípio da boa-fé objetiva consagrado no art. 422 do Código Civil. A promessa de contratação frustrada por parte da reclamada caracteriza a afronta à boa-fé, gerando a obrigação de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, processo n. 00305-60.2010.5.04.0304-RO, Relator Des. Federal do Trabalho Hugo Carlos Scheuermann, 4ª turma, publicado em 8.11.2010)

EMENTA: PRÉ-CONTRATO – TRATATIVAS CONSISTENTES – DEVER DE INDENIZAR – Desse comportamento exsurge o dever de indenizar: em que uma parte viola o dever de boa-fé das negociações que antecedem o contrato e lesa, com esse comportamento, outra pessoa. Trata-se da violação à boa-fé objetiva, relativa ao dever recíproco de se comportar com lealdade, boa-fé esta que se exige dos contratantes desde o momento anterior à formação do contrato até, muitas vezes, após seu término, como é o caso do sigilo de empresa, que exige do ex-empregado a abstenção de revelá-lo mesmo após anos de ruptura contratual. A injusta frustração de uma expectativa razoável na futura conclusão do contrato é fato jurígeno do dano moral (art. 427 do CCB). Não é necessário, portanto, a prova da violação da boa-fé subjetiva, bastando, para fins de delineamento do dano moral e material, a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios),

(11) Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

(...)

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

(12) Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.





notadamente do *venire contra factum proprium*, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito. (TRT da 15<sup>a</sup> Região, processo n. 0000413-35.2010.5.15.0029-RO, Relatora Des. Federal do Trabalho Mariane Khayat, 1<sup>a</sup> Turma, 2<sup>a</sup> Câmara, publicado em 11.3.2011)

Com efeito, não pode o trabalhador, em observância ao **Princípio da Boa-Fé Objetiva**, ser levado a crer, por quaisquer motivos, que foi contratado, embora tal fato não tenha ocorrido. O dever de informação impõe aos empregadores, mesmo os apenas potenciais, a obrigação de deixar clara e de forma inequívoca a realização de mera entrevista ou triagem para banco de currículos, sem prazo definido para chamamento ou certeza de sua realização.

Deixar de assim atuar, configura postura omissiva e negligente, contrária a um padrão de comportamento desejável e cauteloso, provocando situações dúbias e potencialmente lesivas.

No direito norte-americano, por exemplo, é comum ser questionada perante o Judiciário a validade da exigência de determinados requisitos para a ocupação de um posto de trabalho, reconhecida apenas em casos de motivo plausível, como em atendimento às necessidades do negócio (*business necessity*) ou à qualificação ocupacional de boa-fé (*BFOQ-Bona Fide Occupational Qualification*) (JAKUTIS, 2006, p. 156-7).

No curso do contrato, dada a multiplicidade de direitos e deveres de cada um dos sujeitos, seu trato sucessivo e o prazo indeterminado, ainda maior se faz a influência da boa-fé objetiva.

No rol dos **arts. 482 e 483 CLT** são descritas de modo genérico condutas atribuíveis aos integrantes da relação de emprego, cuja gravidade pode amparar sua terminação.

O grau de indefinição de algumas hipóteses, verdadeiras cláusulas abertas, ainda que alvo

de críticas, possibilita concretamente a atualização de seu conteúdo pelos Operadores do Direito, pela via hermenêutica, sem necessidade de modificação do texto.

A embriaguez habitual ou em serviço (**art. 482, alínea “f”, da CLT**), por dificultar a execução do contrato, prejudicar o desempenho do trabalhador, acarretar problemas de relacionamento com colegas, superiores e até clientes, por exemplo, foi considerada falta a ensejar a despedida por justa causa.

Contudo, quase 70 anos após a criação da norma, incontáveis e expressivas modificações ocorreram em todo o mundo, nas mais variadas áreas do conhecimento, alterando de modo significativo a vida em sociedade.

Com isso, determinados fatos, como a embriaguez, foram objeto de análise, sendo revelada sua condição de verdadeira patologia, tratada pela OIT como “síndrome de dependência” (CID F10.2). Acaba desconstituída a imagem do alcoolismo como falha de conduta.

Promover a dispensa de empregado doente, lhe atribuir a pecha de culpado pelo término da relação, lhe privar do recebimento de verbas alimentares e do acesso ao seguro-desemprego, agravando ainda mais situação de vulnerabilidade já acentuada, são atos diametralmente contrários a um *standard* de conduta e diligência, ferindo, inclusive, a função social do contrato (**art. 421 do Código Civil**).<sup>(13)</sup>

Ao invés disso, deve o empregado ser encaminhado a tratamento clínico, a fim que seja enfrentada a moléstia como tal, dando margem ao pagamento pelo INSS de auxílio-doença ou mesmo de aposentadoria por invalidez, conforme recomendar o caso, e à suspensão ou extinção do contrato (**Lei n. 8.213/91, arts. 42 e 59**).<sup>(14)</sup>

(13) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(14) Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será





Embora tal enfrentamento não possua previsão expressa em lei, decorre, como defendido por Goldschmidt e Müller (2005, p. 143-4), de “uma reinterpretação da alínea ‘f’ do art. 482 da CLT à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do caput do art. 7º da Constituição”, sendo ponderado com propriedade, que “a punição hoje é, além de ineficaz, completamente descontextualizada”.

No tocante aos contratos a prazo determinado, em específico o de experiência, a boa-fé objetiva também possui relevância a ser examinada.

Concretizada a admissão do trabalhador para um período de testes, a prazo certo, pode qualquer das partes, antes do decurso ou da conversão em contrato a prazo indeterminado, por fim ao negócio, bastando pagar ao outro contratante uma indenização em valor limitado por lei, de acordo com o disposto nos **arts. 479 e 480 da CLT.**<sup>(15)</sup>

---

devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

(15) Art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Parágrafo único. Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

Art. 480. Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

§ 1º A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

Da literalidade destas regras, conclui-se regerem hipótese rara no Direito do Trabalho, na qual a autonomia da vontade pode ser livremente exercida.

Ocorre que em matéria obrigacional, por vezes, as formas acabam por subverter o conteúdo, causando uma ilusão a quem busca analisá-lo.

Como já sustentado, devem os contratantes ser diligentes em todos os sentidos, não criando falsas expectativas na parte contrária e adotando as medidas necessárias a minimizar riscos.

Formalizar negócio a prazo e, em exíguo tempo, insuficiente de modo notório para avaliar o posto de trabalho e o próprio trabalhador, promover sua extinção, sem qualquer motivo relevante, demonstra quebra de um padrão minimamente ético.

Mais uma vez, reconheço não haver lei que obrigue os contratantes a fundamentar a manifestação de vontade de promover a extinção antecipada. No entanto, ao assim proceder, o sujeito rompe a justa expectativa do outro, dando margem a prejuízos das mais variadas ordens, causados pelo desligamento de emprego anterior, cessação da busca de novo posto, iniciação de treinamento e substituição, bem como risco concreto de perda para um concorrente de um candidato pré-selecionado, por exemplo.

A este respeito, o seguinte precedente do TRT da 15ª Região, de lavra da Exma. Des. Federal do Trabalho Gisela R. M. de Araujo de Moraes:

**EMENTA: DANO MORAL. DEMISSÃO NO DIA SEGUINTE AO DA CONTRATAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA DO EMPREGADO VIOLADA.** O dano moral encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 5º, V e X, da Carta Constitucional, caracterizando-se pela violação de direitos individuais, a saber: a intimidade,





privacidade, honra e imagem da pessoa. A violação de quaisquer desses direitos deve ser provada e demonstrado que a vítima suportou sentimentos de humilhação, desamparo e teve seu estado psicológico abalado. Excluem-se, portanto, a comoção resultante de fatos regulares da vida, os melindres particulares desta ou daquela pessoa e as suscetibilidades decorrentes da maior sensibilidade desta ou daquela vítima. No presente feito, caberia ao reclamante provar as repercussões que o alegado ato ilegal produziu na esfera social, o que, após, consultar os autos, verifica-se que assim o fez. As provas dos autos demonstram que foi a recorrente quem convocou a obreira para participar, como única candidata, ao cargo de auditora júnior; que foi submetida à entrevista, exame admissional, abriu conta corrente em banco indicado pela empresa, participou de treinamento de Integração de Novos Colaboradores, sendo, inclusive, diplomada; recebeu o manual de solicitação e utilização de veículos da reclamada e que iniciou, de fato, a prestação de serviços, sendo dispensada no segundo dia após sua admissão, sob o fundamento de que a Diretoria não havia sua contratação. Desta forma, a reclamada, ao despedir a obreira no dia seguinte a sua admissão, violou a boa-fé objetiva da autora, a qual deve ser plenamente reparável na forma dos dispositivos civilistas retromencionados (arts. 187 e 927 do CC/2002). Recurso ordinário conhecido e não provido. (Processo n. 00446-2009-065-15-00-4-RO, 3ª Turma, 5ª Câmara, Publicado em 2.7.2010)

Mesmo entendimento acerca do agir prudente teria aplicação a situações envolvendo acidentes de trabalho no curso do período de prova.

Afastado o trabalhador por tempo superior a 15 dias e suspenso o contrato, via de regra, quando da alta previdenciária e de seu retorno,

sequer lhe é exigido o cumprimento dos dias faltantes, sendo majoritária na jurisprudência a posição acerca da incompatibilidade entre a natureza a prazo certo do pacto e o direito à preservação do emprego por, no mínimo, 12 meses (**Lei n. 8.213/1991, art. 118**).<sup>(16)</sup>

De fato, não há como impedir o empregador de considerar resolvido o negócio pelo decurso de prazo, por sua própria natureza. Contudo, ante a peculiaridade da ocorrência de um sinistro de média gravidade, plenamente razoável exigir a exposição do motivo que levou à rejeição da experiência, por presumível que o término do liame tenha decorrido, na realidade, dos efeitos do acidente, o que configura prática discriminatória e atrai a aplicação do disposto na **Lei n. 9.029/1995, art. 4º, c/c art. 129 do Código Civil**,<sup>(17)</sup> e não da falta de predicados do trabalhador.

Mesmo após o término do pacto, seguem às partes com algumas obrigações recíprocas, nem sempre expressas e por isso dedutíveis da cláusula geral de boa-fé.

Como exemplos, os deveres de guardar sigilo por segredos industriais e dados privi-

(16) Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

(17) Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.





legiados, de não prestar informações falsas e difamatórias, de não agir de modo a causar constrangimento público ou embaraço à recolocação no mercado ou, ainda, de manter benefícios não suprimidos tão logo findo o contrato.

Sobre o tema, as seguintes decisões:

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL – ATO LESIVO À BOA FAMA DA EX-EMPREGADA – DANO MORAL.** A reclamante logrou comprovar que o reclamado, diante de novo emprego ou simples proposta, comunicava-se com o novo ou potencial empregador, maculando sua imagem. A conduta, antijurídica e lesiva à boa fama da ex-empregada, viola o princípio da boa-fé objetiva, que deve orientar os parceiros contratuais na celebração e execução do contrato, assim como nas fases pré e pós-contratual. Confirma-se, por isso, a r. sentença que condenou o reclamado ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT da 3ª Região, processo n. 0168200-93.2009.5.03.0050-RO, Relatora Juíza Convocada Taísa Maria Macena de Lima, 10ª turma, publicado em 30.11.2010)

**EMENTA: RECURSOS ORDINÁRIOS DO RECLAMADO E DO RECLAMANTE. MATÉRIA COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE.** Reclamante xingado e ameaçado via rede mundial de computadores pelo seu antigo empregador, em virtude daquele ter ajuizado reclamação trabalhista. Dano moral configurado. Indenização adequadamente arbitrada. Recursos desprovidos. (TRT da 4ª Região, processo n. 0000098-34.2010.5.04.0701-RO, Relatora Des. Federal do Trabalho Maria da Graça Ribeiro Centeno, 7ª Turma, publicado em 9.12.2010)

**EMENTA: QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA.** A confiança é um dos fundamentos

dos negócios jurídicos. A constituição de uma relação de confiança se realça quando vinculada a uma situação de fato que, no caso, vinha sendo mantida entre as partes desde 1979, como informa a petição inicial. Na espécie, a legítima expectativa do reclamante derivou da manutenção espontânea do seu plano de saúde por parte da ré, mesmo após a aposentadoria por invalidez. Por esse ato, dotado de inegável eficácia negocial, a ré vinculou-se na manutenção do plano de saúde do autor, fazendo com o que o demandante criasse uma sensação de segurança de que poderia contar com aquele benefício para fazer frente ao tratamento da doença que o torna incapaz para o trabalho. (TRT da 4ª Região, processo n. 0000222-65.2010.5.04.0006-RO, Relator Juiz Convocado Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, 7ª Turma, publicado em 14.10.2010)

**EMENTA: DIREITO AO TRABALHO – CLÁUSULA CONTRATUAL PROIBITIVA DO EXERCÍCIO LIVRE DO TRABALHO- DANO MORAL.** A Declaração Universal dos Direitos Humanos registra, expressamente, que ‘toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do seu trabalho e a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego’. O direito ao trabalho trata-se de postulado inerente à própria natureza humana. A Constituição da República adotou o primado do trabalho ao dispor a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como alguns dos fundamentos da República (CF/1988 – art. 1º, incisos III e IV). Nesse sentido, é abusivo ato do empregador que de forma unilateral dispensa o empregado da prestação de serviços e ao mesmo tempo cria óbice contratual que impede o exercício de atividade laboral livre sem sua prévia autorização e, diante desse fato, propõe distrato. Esse mecanismo antijurídico e nefasto imposto pelo empre-





gador não lhe traz nenhuma utilidade, mas reflete apenas a intenção de prejudicar o empregado, atingindo regras de conduta contratuais anexas que se encontram presentes em cláusulas gerais referente à boa-fé objetiva, função social do contrato, dignidade pessoa. Nessas circunstâncias, o processo pelo qual passou o obreiro traduz típico assédio moral. O dano moral advindo desse abuso de direito presume-se *jure et de jure*, decorre da própria ocorrência do fato. O obreiro teve a sua honra objetiva e subjetiva aviltada de forma grave. (TRT da 9ª Região, processo n. 00746-2008-892-09-00-3-RO, Relatora Des. Federal do Trabalho Ana Carolina Zaina, 2ª Turma, publicado em 8.10.2010)

EMENTA: INFORMAÇÕES DESABONADORAS SOBRE EX-EMPREGADO. DANO MORAL. O empregador não está obrigado a prestar informações sobre o ex-empregado, mas ao fazê-lo não pode prestar informes que comprometam a vida profissional do trabalhador, inclusive a existência de ação trabalhista. Demonstrado nos autos que a empresa informava a quem lhe pedia referências que o empregado havia ajuizado ação trabalhista e decorrendo deste fato longo período de desemprego, forçosa a manutenção da sentença que deferiu o pagamento de indenização por dano moral, até para coibir atos desta estirpe, que configura verdadeira “lista negra”, atenta contra o direito de petição e incentiva o descumprimento da lei trabalhista, com prejuízo que ultrapassa a seara individual. (TRT da 12ª Região, processo n. 02233-2009-018-12-00-6, Relator Juiz José Ernesto Manzi, 2ª Câmara, publicado em 17.3.2010)

Diante das ponderações formuladas, cabe aos Operadores do Direito aprofundar o debate acerca da influência do **Princípio da Boa-Fé Objetiva** sobre as obrigações que compõem o contrato de trabalho, a fim de

promover o aperfeiçoamento das relações e a adoção de um padrão de agir diligente em face do outro, verdadeiro mandamento constitucional (**arts. 1º, inciso IV, e 170**) e primeiro passo rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária indispensável à efetivação da dignidade da pessoa humana (**arts. 1º, inciso III, e 3º, inciso I, da Constituição**).<sup>(18)</sup>

## Conclusões

Por conta da origem no Direito Civil, acaba o Direito do Trabalho sofrendo a influência de regras e Princípios atinentes ao Direito Privado, merecendo destaque o **Princípio da Boa-Fé Objetiva**.

Como padrão de conduta diligente afeta, inclusive por mandamento constitucional, as obrigações trabalhistas e se irradia às fases pré e pós-contratual. Possibilita ao intérprete alcançar o legítimo sentido das normas jurídicas e preencher as lacunas existentes.

Assim, embora parte da jurisprudência já reconheça tal importância, premente aprofundar ainda mais a questão, de modo que toda a sociedade incorpore os valores éticos que compõem a boa-fé objetiva, verdadeiro mandamento constitucional, e primeiro passo na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bases da concretização da dignidade da pessoa humana (**arts. 1º, inciso III, e 3º, inciso I, da Constituição**).

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

(18) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.





ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; MÜLLER, Fabiana Rebechi. A embriaguez habitual como hipótese de justa causa frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região*, Florianópolis, n. 22, p. 133-48, jul./dez. 2005. Disponível em <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/revista/extranet/22.jsp>> Acesso em: 16.7.2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HENTZ, André Soares. Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.541, 20.9.2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10427>> Acesso em: 14.7.2011.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação,*

assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. III.

RAMIL, Vitor. *Satolep*. São Paulo: Cosac Naify, 2008.

REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil*. Publicado em 16.8.2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>> Acesso em: 15.7.2011.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.





# O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista

Gustavo Fontoura Vieira<sup>(\*)</sup> e Lucas Pacheco Vieira<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo

- ▶ Este trabalho aborda a temática do controle jurisdicional de convencionalidade das leis pelos Juízes e Tribunais do Trabalho. Discorre-se a respeito do histórico e dos modelos tanto do controle de constitucionalidade como de convencionalidade. São apresentadas e discutidas as questões constitucionais principais no que tange ao controle de convencionalidade no Brasil. Com aportes doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, tratamos diretamente a questão do controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista com parâmetro nas convenções da OIT. Ao final, realizamos uma síntese das discussões de constitucionalidade, históricas, de modelos de controle de convencionalidade, de hierarquia de tratados internacionais no direito brasileiro e da proposta de concretização do controle de convencionalidade pelos magistrados trabalhistas com fulcro nas Convenções da OIT.

## Palavras-chave

- ▶ Controle de convencionalidade – jurisdição trabalhista – Convenções da OIT.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Os controles jurisdicionais de constitucionalidade e de convencionalidade
  - ▶ 1.1. Controle jurisprudencial de constitucionalidade: história e modelos
  - ▶ 1.2. Origens e modelos de controle jurisdicional de convencionalidade
- ▶ 2. O controle de convencionalidade no Brasil: questões constitucionais
- ▶ 3. O controle de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista com parâmetro nas Convenções da OIT
- ▶ Considerações finais
- ▶ Referências bibliográficas

(\*) Juiz do Trabalho. Titular da 1ª Vara do Trabalho de Santa Maria. Especialista em Direito do Trabalho.

(\*\*) Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.





## Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, opera-se uma grande mutação na relação entre a ordem jurídica interna brasileira e o direito internacional. Cláusulas como o art. 4º, que determina os princípios que regem as relações internacionais, os §§ 2º e 3º do art. 5º, que regem a recepção de direitos inscritos em tratados internacionais comuns e de direitos humanos, e o § 4º do mesmo art. 5º, regra de submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, configuram evidente abertura para a cooperação e o diálogo com a comunidade internacional.

Tradicionalmente, o Poder Judiciário é considerado o mais fraco dos três poderes. Como expunha Alexander Hamilton, o judiciário não tem influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; não comanda a força ou a riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer, continuava o arquiteto da Constituição Americana, que não possui nem a força nem a vontade, mas apenas o julgamento; e depende, em última análise, do executivo até mesmo para a eficácia de suas sentenças.<sup>(1)</sup>

Apesar destas palavras, Hamilton reconhecia que somente um judiciário independente poderia assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, admitindo inclusive que as cortes de justiça declarassem nulos os atos legislativos que contrariassem o manifesto teor da Constituição.<sup>(2)</sup> Estas teses remontam à figura lendária de Sir Edward Coke, juiz da *common law* inglesa durante o século XVII cuja decisão no Caso Dr. Bonham é tida como a origem do controle de constitucionalidade.

A autonomia da magistratura inglesa na interpretação da *common law*, que é ancorada num sistema de precedentes, é uma das

características que certamente influenciou o papel de protagonista que a Suprema Corte dos Estados Unidos desempenha no contexto da divisão de poderes americana. Esta função deve muito ao desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade americano, o modelo difuso, por via de exceção. Sem ele, dificilmente a instância máxima do judiciário americano conseguiria adequar a constituição às mudanças inerentes à passagem do tempo, como faz há mais de duzentos anos.

As considerações a respeito do controle de constitucionalidade, tanto históricas como técnicas, são de enorme valia para a compreensão e discussão crítica do controle de convencionalidade. As raízes jurisprudenciais e o estímulo para um protagonismo judicial, com potencial para revolucionar os paradigmas da função jurisdicional, estão entre as notáveis semelhanças dos dois mecanismos de compatibilização hierárquica de normas.

O controle de convencionalidade, porém, está inserido num contexto bastante diverso daquele que gerou a verificação de constitucionalidade. A amplitude é muito maior. Dá-se o largo passo da afirmação da primazia da função jurisdicional no âmbito estatal para um protagonismo dos juízes no complexo processo de mundialização do direito. São duas mudanças impactantes sobre a tarefa dos magistrados, cada uma a seu tempo, cada uma com sua importância real e simbólica.

Definido de maneira concisa, o controle de convencionalidade é o poder-dever dos juízes de compatibilizar as normas internas à ordem jurídica internacional, devendo, se for necessário, afastar a aplicação dos dispositivos nacionais. Sua origem, afirma a doutrina, encontra-se no direito francês, mais especificamente em decisões da década de 1970 proferidas pelo Conselho Constitucional da França. No decorrer do trabalho, propomos que a ideia de a compatibilização da legislação interna com uma ordem jurídica extrater-

(1) HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 383.

(2) *Idem*.





ritorial é inspirada, na verdade, no direito comunitário europeu, em particular na construção pretoriana do princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito dos Estados-membros. O diálogo interjurisdicional, o papel preponderante da atuação dos juízes e o imperativo da efetivação de normas internacionais são características do direito europeu (desde a década de 1960) e que se encontram na própria essência do controle jurisdicional de convencionalidade.

A evolução do controle de convencionalidade no continente americano também será retratada, destacando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a atuação ímpar de um de seus componentes, o juiz mexicano Sérgio García Ramírez, pioneiro na teoria e na aplicação prática desta ferramenta. Depois, cuida-se das principais questões constitucionais envolvendo o controle de convencionalidade no panorama brasileiro.

Então, devidamente analisadas a teoria e a prática do instrumento na doutrina e na jurisprudência, trata-se o tema da verificação de convencionalidade por juízes e tribunais do trabalho utilizando como parâmetro as convenções da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, realiza-se o balanço das temáticas abordadas e das propostas apresentadas.

## 1. Os controles jurisdicionais de constitucionalidade e de convencionalidade

Primeiramente, será abordado o controle jurisdicional de constitucionalidade, na forma repressiva, sob o prisma histórico e seus modelos. As considerações justificam-se pela assimilação na teoria do controle jurisdicional de convencionalidade de muitos conceitos do Direito Constitucional. Este vem influenciando o direito internacional, com destaque para o direito internacional dos direitos

humanos, tanto no aspecto do texto dos tratados como da jurisprudência de tribunais internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

No segundo momento, serão feitas observações a respeito da história do controle jurisdicional de convencionalidade, demonstrando o papel do direito comunitário europeu, de decisões francesas e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos primórdios e no desenvolvimento deste instituto jurídico. Simultaneamente, serão apresentados alguns paralelismos com o controle de constitucionalidade, como a origem jurisprudencial, a mudança na visão da função dos juízes no Estado de Direito e o estímulo para o diálogo interjurisdicional.

### 1.1. Controle jurisdicional de constitucionalidade: histórico e modelos

A primeira decisão afirmando a possibilidade de o poder judiciário controlar a constitucionalidade da legislação foi proferida no Caso Dr. Bonham, em 1610, por Sir. Edward Coke, presidente da *Court of Common Pleas* (Corte de Apelações Comuns).<sup>(3)</sup>

Thomas Bonham era um médico formado na Universidade de Cambridge, que começou a praticar a medicina em Londres em 1606. Ele fez exames no *College of Physicians* (Conselho dos Médicos), tendo sido reprovado. Não obstante, Bonham continuou em atividade e foi multado em cinco libras e advertido. Ele não obedeceu à ordem do *College* e seguiu praticando a medicina.

Então, o presidente e os censores do *College* enviaram dois servidores para prender Bonham, que peticionou na *Court of Common*

(3) COKE, Edward. *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. v. 3, p. 264.





*Pleas* questionando a legalidade da prisão. Sir Edward Coke decidiu que o *College* não tinha recebido do Parlamento o direito de prender, ou de multar, aqueles que praticassem a medicina sem a devida licença. A permissão para efetuar prisões deveria ser lida de forma estrita, impedindo que indivíduos fossem privados de sua liberdade apenas por caprichos de outros.

Lord Coke ressaltou que o *College of Physicians* não poderia ser juiz no caso, pois era parte.<sup>(4)</sup> Em seguida, afirmou, dando início ao controle de constitucionalidade:

[...] in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void.<sup>(5)</sup>

Apesar de sua importância na história do controle de constitucionalidade, a ideia de controle pelo judiciário de Atos do Parlamento apresentada no Caso Dr. Bonham não teve prosseguimento na Inglaterra. Após a Revolução Gloriosa, em 1688, consolidou-se a doutrina da soberania do parlamento. No século XVIII, Blackstone subscrevia esta tese ao afirmar que não conhecia nenhum poder investido de autoridade para controlar atos do parlamento, mesmo que desarrazoados. Quanto à doutrina de que os juízes teriam liberdade para rejeitar um estatuto contrário à razoabilidade, Blackstone dizia que isso colocaria o poder judiciário acima da legis-

latura, o que subverteria o governo.<sup>(6)</sup> No mesmo sentido, no século XIX, A. V. Dicey ensinava que a característica dominante do sistema político inglês era a Soberania do Parlamento, o que significa que o Parlamento tem, sob a Constituição Inglesa, o direito de fazer ou desfazer qualquer lei; e que a nenhuma pessoa ou instituição é reconhecido o direito de anular ou não aplicar a legislação do Parlamento.<sup>(7)</sup> Além disso, analisando especificamente o tema da inconstitucionalidade das leis, doutrinava que na Inglaterra a expressão inconstitucional aplicada a uma lei significava que o Ato em questão se opõe ao espírito da Constituição Inglesa; mas não pode significar que esse ato seja uma infração da legalidade ou nulo.<sup>(8)</sup>

Deste modo, a decisão de Lord Coke não criou uma tradição de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário Inglês. Seu legado maior parece ser a afirmação da autonomia do direito e da independência dos juízes. Nas *Prohibitions del Roy*, Coke enfrentou o Rei James I para defender os magistrados de common law, argumentando que o rei não poderia julgar nenhum caso contencioso; todos deveriam ser decididos por uma corte

(4) *Idem*, loc. cit.

(5) Em muitos Casos, a Common law deve controlar Atos do Parlamento, e por vezes deve julgá-los nulos; quando um Ato do Parlamento é contrário ao *Common right* e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser cumprido, a *Common Law* o controlará, e julgará nulo o referido Ato. Tradução Livre. COKE, Edward. *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. v. 3, p. 275.

(6) O trecho se encontra no volume I dos *Commentaries on the Laws of England*. In verbis: "But if the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power in the ordinary forms of the constitution that is vested with authority to control it: and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that, where the main object of a statute is unreasonable, the judges are at liberty to reject it; for that were to set the judicial power above that of the legislature, which would be subversive of all government." BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of england in four books*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 76. v. 1. ed. de 1893. Disponível em: <[http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone\\_1387-01\\_EBk\\_v5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v5.pdf)> Acesso em: 25.7.2011.

(7) DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 87. Ed. de 1915. Disponível em: <[http://files.libertyfund.org/files/1714/Dicey\\_0125\\_EBk\\_v5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1714/Dicey_0125_EBk_v5.pdf)> Acesso em: 25.7.2011.

(8) *Ibidem*, 2010, p. 306.





de justiça de acordo com o direito e os costumes do reino. Além disso, o rei não estaria preparado para julgar, pois, dizia Coke, não dominava a razão artificial do direito, que é uma arte que exige longo estudo das leis do reino e experiência.<sup>(9)</sup>

Este episódio constitui o nascimento de uma *common law* autônoma e confiada aos juízes, conforme lecionam Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos.<sup>(10)</sup> Nunca mais o direito inglês poderá se limitar a dar forma à vontade soberana, ainda que seja a do povo.

A tradição inglesa de independência dos juízes e de autonomia do direito em relação ao poder político influenciou em grande medida as instituições dos Estados Unidos. A Constituição Americana, que inovou com o federalismo e o presidencialismo, previu a criação de uma Suprema Corte (art. III, seção 1) como órgão máximo do Poder Judiciário Federal. Em verdade, não é feita menção expressa de um controle de constitucionalidade das leis deferido aos tribunais. Este é fruto de construção pretoriana fundamentada no princípio da supremacia da Constituição, cuja origem é a decisão do Juiz Marshall no Caso Marbury vs. Madison, de 1803.<sup>(11)</sup>

William Marbury foi indicado Juiz de Paz pelo Presidente Adams no seu último dia no cargo. Contudo, esqueceu-se de enviar o diploma de nomeação em virtude do tumulto do último dia do governo Adams. Marbury cobrou o envio do ato, porém James Madison, então Secretário de Estado, instruído pelo novo Presidente, Thomas Jefferson, recusou-se a remeter o diploma.<sup>(12)</sup>

(9) GARAPON, Antoine; PAPAPOPOULOS, Ioannis. *Julgamos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 176.

(10) *Idem, loc. cit.*

(11) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 305-306.

(12) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

Marbury resolveu processar o novo Secretário de Estado, utilizando uma ação criada por uma lei de 1789, que adicionara um *writ of mandamus* à lista das cometidas à competência originária da Suprema Corte. Iniciava-se a controvérsia.<sup>(13)</sup>

Em 1802, o Congresso, com maioria federalista, partidários de Jefferson, editou lei que repudiava o ato de Adams que autorizara a nomeação de juízes federais. Armava-se um clima de beligerância política em volta da decisão do caso.<sup>(14)</sup>

A solução encontrada pelo Juiz Marshall foi extremamente habilidosa. Decidiu que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a este a ordem impetrada. O fundamento: o *writ* utilizado por Marbury havia sido incluído por lei ordinária, alargando de forma inconstitucional o rol de ações de competência originária da Suprema Corte. A lei atirava com o texto constitucional.<sup>(15)</sup> Aqui desenvolveu a tese da supremacia da constituição, tendo como intérprete final a Suprema Corte. Como consequência, os juízes estariam investidos do poder de declarar inválidas leis em conflito com a lei magna. Foi este o raciocínio de Marshall:

The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

(13) *Idem, loc. cit.*

(14) *Idem, loc. cit.*

(15) *Ibidem*, p. 60.





Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void.

[...]

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [5 US 137, 178] So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.<sup>(16)</sup>

(16) A Constituição ou é uma lei, lei suprema, imutável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos, e como outros atos, é alterável quando ao Legislativo convier alterá-la.

Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei: se a última parte for verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder que é em sua própria natureza ilimitável.

Certamente todos aqueles que redigiram constituições escritas contemplam-nas como formando a lei fundamental e suprema da nação, e consequentemente a teoria de cada governo deve ser de que um ato legislativo repugnante à Constituição é nulo. [...]

É enfaticamente a província e o dever do departamento judicial dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam

Para concluir que:

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.<sup>(17)</sup>

Desta decisão pode-se extrair a essência do modelo americano de controle jurisdicional de constitucionalidade. Um modelo difuso e concreto. Executado pelas cortes e em casos apresentados por cidadãos. Descentralizado nos juízes e tribunais, mas simultaneamente centralizado pelo caráter vinculante da jurisprudência da Suprema Corte, ancorada no *stare decisis*. Democrático em virtude de ser acessível a todos os cidadãos, refletindo o projeto político do “We the people” que os

a regra a casos particulares, devem por necessidade expor e interpretar aquela regra. Se duas leis conflitam entre si, as cortes devem decidir sobre o funcionamento de cada uma. [5 U.S. 137, 178] Portanto, se uma lei estiver em oposição à Constituição: se ambas a lei e a Constituição aplicam-se a um caso particular, então a corte deve decidir o caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição; ou conforme a Constituição, desrespeitando a lei: a corte deve determinar qual destas regras conflitantes governa o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.

Se, então, as cortes estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura; a Constituição, e não este ato ordinário, deve governar o caso a que ambos se aplicam. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. 5 US 137. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html)> Acesso em: 22.7.2011. Tradução Livre.

(17) Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que deveria ser essencial para todas as Constituições escritas, que uma lei repugnante à Constituição é nula, e que as cortes, assim como outros departamentos, são vinculados por aquele instrumento. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. 5 U.S. 137. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html)> Acesso em: 22.7.2011. Tradução Livre.



americanos buscavam materializar desde a Convenção da Filadélfia.

Marshall consagra o juiz como a grande figura de jurista de common law, confirmando a tese de Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos em *Julgar nos Estados Unidos e na França*.<sup>(18)</sup> Ainda, Marshall dá continuidade e aprofunda o protagonismo que remonta ao lendário Sir Edward Coke. Não há lugar, aqui, para o juiz boca da lei ou para o poder de julgar, “de alguma forma, nulo”, idealizados por Montesquieu em nome da separação dos poderes.<sup>(19)</sup>

Paul Johnson, renomado historiador britânico, ressalta que Marshall, o fundador do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos demonstrou pela primeira vez o direito da Suprema Corte de exercer sua missão no processo constitucional através de seus poderes de interpretação. Diz ainda que Marshall era um homem persuasivo, com uma mente sutil e engenhosa, fértil em argumentos vigorosos, expressa com uma língua de prata e uma caneta de ouro. E arremata: Marshall é um dos arquitetos do mundo moderno.<sup>(20)</sup>

A Suprema Corte assumiu papel tão importante que a doutrina chega a declarar que a história constitucional dos Estados Unidos tem sido em larga parte a história da Corte e de seus arestos.<sup>(21)</sup> Sem ela, a Constituição americana é quase inconcebível. A lição que se apreende do constitucionalismo bicentário dos Estados Unidos, ensinada por Schwartz, aplica-se às constituições de todos

os países: a constituição que não prevê o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos dos Poderes do Estado é feita de palavras vazias.<sup>(22)</sup> Algumas constituições europeias do século XIX confirmam a assertiva, pois não sobreviveram, convertendo-se em meros pedaços de papel.

Observando o sucesso do modelo americano, aos poucos os países da Europa continental passaram a adotar o controle de constitucionalidade. A ideia partiu de Kelsen e se positivou primeiramente na Constituição austríaca de 1920, de que foi ele abalizado inspirador. O modelo austríaco caracterizava-se pelo sistema de jurisdição concentrada. Era exercido por uma Corte especial pela “via principal”, abstrata, diferentemente do modelo americano, podendo ser provocado apenas pelo Governo Federal.<sup>(23)</sup>

Por meio do controle concentrado, ou por via direta, procura-se obter a declaração da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir a segurança jurídica nas relações sociais.<sup>(24)</sup>

Por excluir os cidadãos do processo, não era um instrumento eficaz na defesa direta das liberdades e direitos individuais. Com a reforma de 1929, a legitimação foi ampliada para outros órgãos judiciais ordinários que, no entanto, somente podiam atuar pela “via incidental”. Nascia o primeiro sistema híbrido, estando presentes paralelamente a via de exceção e a via direta.<sup>(25)</sup>

Vários outros países da Europa continental seguiram o modelo austríaco de controle concentrado ou por via de ação, tais como

(18) GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36.

(19) MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 172 e 175.

(20) JOHNSON, Paul. *A history of the american people*. New York: HarperCollins, 1997. p. 163-164.

(21) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 312.

(22) SCHWARTZ *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 312.

(23) *Ibidem*, p. 309.

(24) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 730.

(25) BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 310.



Alemanha, Itália e Espanha. Também Portugal instituiu uma Corte Constitucional, porém sob um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Por fim, no Brasil configurou-se um modelo misto de controle de constitucionalidade. Conjugou-se o sistema americano com o sistema austríaco. Da longa história brasileira de controle de constitucionalidade, cabe mencionar que o modelo difuso nasceu na Constituição de 1891 (art. 59, § 1º), consolidando-se com a Lei de Organização da Justiça Federal<sup>(26)</sup> de 1894, e foi mantido em todas as outras Cartas. Por outro lado, modelo concentrado teve começo tímido apenas na Constituição de 1934, tendo sido suprimido pela Constituição autoritária de 1937, retomado na Carta de 1946, afirmado pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965, conservado nas Cartas de 1967 e 1969 e, finalmente, prestigiado pela Constituição de 1988.<sup>(27)</sup>

A Constituição Federal vigente consagra o modelo híbrido de controle de constitucionalidade, possibilitando a verificação vertical de constitucionalidade de forma difusa (art. 97) e concentrada (art. 102, I, a, e outros). O controle pode ser realizado pela via de exceção e pela via de ação.

Conforme observa Gilmar Mendes, a Carta de 1988 conferiu ênfase ao modelo concentrado, uma vez que a maioria das questões constitucionais relevantes passou a ser submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio

das ações da via direta.<sup>(28)</sup> Expandiu-se o rol de legitimados para propor ações pela via direta, configurando uma abertura democrática que permite maior proteção dos direitos fundamentais.<sup>(29)</sup> Também renovou-se o conjunto de ações do controle concentrado através de uma plêiade de instrumentos – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva.

O tradicional modelo difuso ou por via de exceção foi mantido (art. 97), estabelecendo-se, porém, a cláusula de reserva de plenário, pela qual somente pelo voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou dos membros de órgão especial dos tribunais poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Esta exigência foi introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida em todas as subsequentes. A cláusula ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciarse sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu na doutrina o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.<sup>(30)</sup>

Feitas as considerações históricas e de matiz técnica a respeito do controle de constitucionalidade em diferentes sistemas e países, passamos à análise do controle jurisdicional de convencionalidade.

## 1.2. *Origens e modelos de controle jurisdicional de convencionalidade*

O controle jurisdicional de convencionalidade é a verificação judicial da compatibilidade das leis nacionais em relação às convenções

(26) Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Determinava em seu art. 13, § 10, que os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 327.

(27) BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 327-330. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1127-1128. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 729. A brevidade deste trabalho não permite que abordemos a história do controle de constitucionalidade no Brasil senão de forma sintética.

(28) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1127-1128.

(29) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 308 e 332.

(30) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1133.





internacionais. É realizada por órgãos judiciais internacionais, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal de Luxemburgo, e por órgãos judiciais dos Estados.

Antes de partirmos para a discussão sobre os modelos e as formas que o controle jurisdicional de convencionalidade pode assumir, faremos um esboço do histórico deste instrumento que tem grande potencial para promover a efetividade do direito internacional.

Para compreender a origem da ideia de controle jurisdicional de convencionalidade é preciso tecer considerações a respeito das grandes mudanças que o direito internacional sofreu após a Segunda Guerra Mundial. Tradicionalmente, este ramo do direito apenas regulava a relação entre os Estados. Mais recentemente, porém, o direito internacional expandiu sua influência para dentro das jurisdições nacionais, particularmente através do direito internacional penal, dos direitos humanos<sup>(31)</sup> e do direito comunitário europeu.

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio foram pioneiros nesse processo de estreitamento das relações entre o direito internacional e o direito interno ao afirmarem a doutrina da responsabilização penal do indivíduo.<sup>(32)</sup> Perecia a doutrina dos atos de Estado, encerrando-se a longa era de impunidade de governantes criminosos.<sup>(33)</sup>

Juntamente com os tribunais internacionais criminais, emergiu o sistema internacional de proteção dos direitos humanos como forma de a comunidade internacional

evitar que se repetissem os horrores perpetrados pelos regimes totalitários nazifascistas. Os documentos jurídicos nucleares desse sistema internacional de proteção são a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos internacionais de 1966. Formam, juntos, a Carta Internacional dos Direitos Humanos, pedra fundamental da proteção global dos direitos humanos.<sup>(34)</sup>

Posteriormente, o sistema global foi complementado por um sistema especial de proteção dos direitos humanos<sup>(35)</sup>, voltado à prevenção da discriminação e à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis. Buscava-se alcançar o indivíduo em sua especificidade.<sup>(36)</sup>

Dentro do sistema de proteção internacional dos direitos humanos operou-se uma renovação através da criação de sistemas regionais fundados em convenções, tais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e o Pacto de San José (1969), no continente americano.<sup>(37)</sup> Surgiram ainda Comissões e Cortes para fiscalizar e aplicar as disposições destas Cartas de direitos.

Ao lado dos aportes trazidos pelo direito internacional penal e pelo direito internacional dos direitos humanos, pode-se referir o direito comunitário europeu, um subsistema de direito internacional regional<sup>(38)</sup>, como um dos marcos da mudança de paradigma operada nas relações entre o direito internacional e o direito interno.

(31) SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The future of international law is domestic. In: NIJMAN, Janne; NOLKAEMPER, Andre. *New perspectives on the divide between international and national law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 110.

(32) CRETTELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 101.

(33) *Idem*.

(34) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 158.

(35) Exemplos de Convenções que compõe o sistema especial são a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

(36) PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 184-185.

(37) *Ibidem*, p. 237-238.

(38) SHAW, Malcolm. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 40.



No panorama comunitário europeu, o Tribunal de Luxemburgo<sup>(39)</sup>, órgão jurisdicional de cúpula da União Europeia, vem exercendo desde sua criação um papel fundamental na garantia do equilíbrio das instituições comunitárias e na preservação da unidade, coerência e eficácia da ordem jurídica comunitária.<sup>(40)</sup> Como nota João Mota de Campos, o Tribunal de Luxemburgo, quando busca obrigar os Estados a seguir as disposições do direito comunitário assemelha-se, por vezes, a um tribunal internacional.<sup>(41)</sup>

A obrigação de conformar-se ao direito comunitário foi sintetizada no princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados. Trata-se de construção pretoriana do Tribunal de Justiça europeu, cuja origem remonta ao Caso COSTA/ENEL, de julho de 1964, em que um juiz milanês submeteu ao Tribunal uma questão de interpretação de certas disposições comunitárias. O acórdão afirmou a superioridade da ordem jurídica comunitária sobre as ordens nacionais.<sup>(42)</sup> Colacionamos os fundamentos maiores da decisão:

Esta integração no direito de cada país-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais genericamente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade para os Estados-membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior. [...]

Resulta do conjunto destes elementos que, emanado de uma fonte autónoma, o direito resultante do Tratado não poderia, em

razão de sua natureza originária específica, ver-se judiciariamente confrontado com um texto de direito interno, qualquer que este fosse, sem perder o seu carácter comunitário e sem que fossem postos em causa os fundamentos jurídicos da própria comunidade. [...]

As obrigações contraídas em virtude do Tratado que institui a Comunidade não seriam incondicionais mas tão somente eventuais se pudessem ser postas em causa por actos legislativos ulteriores dos signatários.<sup>(43)</sup>

Este acórdão foi fruto de uma questão prejudicial enviada para o Tribunal de Luxemburgo em virtude da previsão do art. 234 do Tratado das Comunidades Europeias.<sup>(44)</sup> Este dispositivo ordenava que quando o juiz nacional fosse confrontado com uma dificuldade de interpretação ou de apreciação da validade de normas comunitárias, deveria enviar a questão de forma prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo para que fosse esclarecido o sentido da norma.<sup>(45)</sup> É a figura do reenvio prejudicial, instrumento processual que proporciona a qualquer juiz nacional a possibilidade de um diálogo construtivo com o Tribunal Europeu.<sup>(46)</sup>

O princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos países membros foi reafirmado e aprofundado no Acórdão Simmenthal, de março de 1978. Na espécie, o Tribunal de Luxemburgo decidiu no sentido da primazia absoluta e incondicional do Direito Comunitário, estando esta ordem acima inclusive das disposições constitucionais dos Estados. Além disso, por força da referida primazia, as disposições comunitárias diretamente aplicáveis ao caso têm por efeito tornar inaplicável de pleno direito

(39) Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o seu nome mudou de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Tribunal de Justiça da União Europeia.

(40) CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004. p. 187.

(41) *Idem, loc. cit.*

(42) *Ibidem*, p. 398.

(43) *Ibidem*, p. 399.

(44) Equivalente ao art. 267 do Tratado de Lisboa.

(45) CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso comunitário*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002. p. 106.

(46) *Ibidem*, p. 109.





qualquer disposição contrária da legislação nacional existente.<sup>(47)</sup>

Destarte, a construção jurisprudencial da primazia do direito comunitário auxiliada pela figura do reenvio prejudicial transformou a prestação jurisdicional na Europa integrada. O constante diálogo entre as jurisdições nacionais e comunitárias fortaleceu a observância das normas da comunidade, que, em última análise, dependem dos juízes nacionais para serem aplicadas.

Sendo assim, a mais importante implicação dessas decisões do Tribunal de Luxemburgo foi realçar o papel fundamental dos juízes nacionais para a concretização do direito comunitário. Os magistrados estavam incumbidos de conferir efetividade ao direito europeu, e o direito interno deveria ser afastado caso entrasse em conflito com a ordem comunitária.

É neste espírito de diálogo entre jurisdições internacionais e nacionais, motivado pela busca de efetivação de normas internacionais por juízes dos Estados e de compatibilização das legislações nacionais a um ordenamento extraterritorial, que se encontra o cerne da ideia de controle jurisdicional de convencionalidade.

A doutrina especializada<sup>(48)</sup> aponta a Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, proferida pelo Conselho Constitucional Francês, como a origem do controle de convencionalidade.<sup>(49)</sup> Luis Jimena Quesada

(47) *Ibidem*, p. 400-401.

(48) QUESADA, Luis Jimena. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?* VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 11. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 22.7.2011. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

(49) O caso envolvia a compatibilidade de uma lei recém aprovada (relacionada à interrupção voluntária da

assevera que a França é o país onde o controle de convencionalidade está mais perfeitamente adaptado, melhor até mesmo que o controle de constitucionalidade.<sup>(50)</sup>

Sem divergir desta tese, assinalamos que se as raízes formais do controle de convencionalidade fixam-se na jurisprudência francesa, sua essência material, de conteúdo, repousa na tradição da primazia do direito comunitário consolidada pelo Tribunal de Luxemburgo a partir do Caso COSTA/ENEL. É neste contexto que surgiram e amadureceram as características fundamentais do controle de convencionalidade: o diálogo interjurisdicional, o protagonismo do juiz nacional na efetivação do direito internacional e o dever de compatibilizar as ordens nacionais ao direito internacional.

Nas Américas, a expressão "controle de convencionalidade" foi empregada pela primeira vez no voto concorrente do Juiz Sérgio García Ramirez no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 25 de novembro de 2003.<sup>(51)</sup>

gravidez) com a normativa internacional. Na espécie, o Conselho Constitucional declarou-se incompetente para exercer o controle de convencionalidade. Pouco tempo depois, em 24 de maio de 1975, a Corte de Cassação decidiu pela prevalência das normas internacionais sobre leis ordinárias no caso *Société des Cafés Jacques Vabre*. QUESADA, Luis Jimena. *Op. cit.*, p. 12.

(50) QUESADA, Luis Jimena. *Op. cit.*, p. 11.

(51) Comungam deste entendimento os juristas Víctor Bazán, Karlos Castilla e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. BAZÁN, Víctor. *La corte interamericana de derechos humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. VIII Congreso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. "Constituciones y Principios" México: 6 a 10 de dezembro de 2010. p. 6. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>> Acesso em: 22 de julho de 2011. CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, p. 601, 2011. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/>





O magistrado asseverava que a jurisdição da Corte Interamericana trazia consigo um controle de convencionalidade sobre as ações dos Estados.<sup>(52)</sup>

No Caso Tibi vs. Equador, de 7 de setembro de 2004, García Ramírez comparava a função da Corte Interamericana com a dos tribunais constitucionais. A primeira deveria conformar as atividades dos Estados com as normas princípios e valores da ordem internacional, enquanto as cortes constitucionais conformam estas atividades às constituições. De um lado, a Corte Interamericana resolveria questões relativas à convencionalidade dos atos do poder público e outros agentes sociais; de outro, os tribunais constitucionais controlariam a constitucionalidade desses atos.<sup>(53)</sup>

erint/cont/11/pim/pim20.pdf> Acesso em: 22.7.2011. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrar. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. *Formación y perspectiva del estado mexicano*. México: UNAM, 2010. p. 174. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> Acesso em: 22.7.2011.

(52) Esse o trecho: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio — sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto — y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentença de Mérito, reparações e custas, 25 de novembro de 2003. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. § 27.

(53) O extrato original: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados — disposiciones de alcance general — a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.

Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del

Em outro voto concorrente, desta vez no Caso López Álvarez vs. Honduras, de 2006, o juiz García Ramírez classificou o controle de convencionalidade como a verificação da compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção.<sup>(54)</sup> No Caso Vargas Areco vs. Paraguai, também julgado em 2006, o jurista mexicano fez uma ressalva a respeito dos limites do exercício do controle de convencionalidade pela Corte interamericana. Afirmou que a Corte Interamericana não pode, nem pretende converter-se em uma nova e última instância para conhecer uma controvérsia suscitada na ordem interna.<sup>(55)</sup>

Somente no Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de 26 de setembro de 2006, é que a Corte Interamericana se pronuncia a respeito do controle de convencionalidade. O Poder Judiciário dos Estados tem o dever de exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” — diz a Corte — entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. No cumprimento desta tarefa, o juiz deve levar em conta não apenas o Pacto de San José, mas também a interpretação realizada pela Corte Interamericana.<sup>(56)</sup> Pouco

control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público — y, eventualmente, de otros agentes sociales — al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.” CORTE IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 7 de setembro de 2004. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. § 3.

(54) CORTE IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, reparações e custas, 1º de fevereiro de 2006. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. § 30.

(55) CORTE IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença, 26 de setembro de 2006. Voto concorrente do Juiz García Ramírez. § 6.

(56) CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006. § 124.





tempo depois, no Caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru, de 24 de novembro de 2006, a Corte aprofundou seu entendimento sobre o controle de convencionalidade e declarou que os juízes nacionais também deveriam exercê-lo *ex officio*.<sup>(57)</sup>

Em 2010, julgando o Caso Gomes Lund, a Corte Interamericana declarou que a Lei de Anistia do Brasil é incompatível com o Pacto de San José. Na sentença, a Corte repreende o Supremo Tribunal Federal por não ter exercido o controle de convencionalidade quando decidiu pela validade da Lei de Anistia.<sup>(58)</sup>

Numa demonstração de abertura ao diálogo interjurisdicional, a Corte Interamericana, no Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, reforçou sua doutrina do controle de convencionalidade e fez referência a decisões dos tribunais constitucionais da Costa Rica, da Bolívia, da República Dominicana, do Peru, da Argentina e da Colômbia.<sup>(59)</sup> Com isso, sua decisão ganha em legitimidade e reforça a atuação das jurisdições nacionais no processo de efetivação dos direitos humanos internacionais.

Em suma, a Corte Interamericana posiciona-se no sentido de um controle de convencionalidade obrigatório a ser realizado pelos juízes nacionais, até mesmo *ex officio*, tendo como parâmetros o Pacto de San José e a jurisprudência da própria Corte. Configura-se, como já havia ocorrido durante a consolidação do controle de constitucionalidade, um protagonismo jurisprudencial e

uma grande transformação do papel do juiz no Estado de Direito, que agora se abre para a cooperação internacional.<sup>(60)</sup>

Da doutrina da Corte Interamericana apenas em parte dissentimos, mas para estender o alcance do controle jurisdicional de convencionalidade. Afigura-se-nos mais consentâneo com o processo de mundialização do direito, liderado por juízes tanto no plano nacional como internacional, que os parâmetros de controle de convencionalidade não se restrinjam às normas de direitos humanos, mas que englobem toda a normativa internacional – incluindo campos como o direito internacional penal, do trabalho e do meio ambiente.<sup>(61)</sup> A viabilidade desta proposição no atual cenário jurídico brasileiro será avaliada em seguida, tendo-se como referência as convenções da organização internacional do trabalho.

Enfim, as contribuições do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e do modelo comunitário europeu para a reflexão sobre o controle de convencionalidade são inestimáveis. Rica produção pretoriana para afirmar a primazia das normas convencionais sobre as legislações nacionais, estímulo ao diálogo interjurisdicional e o desenho de uma nova missão para os juízes.

(57) CORTE IDH. *Caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006. § 128.

(58) CORTE IDH, *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2010. §§ 49, 176 e 177.

(59) CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de novembro de 2010. §§ 225-232.

(60) Sobre a abertura do Estado de Direito em um Estado Constitucional Cooperativo ver: HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

(61) A proposta de utilizar as convenções de direito internacional comum como parâmetro de controle de convencionalidade, e não apenas os tratados de direitos humanos, assentam-se no reconhecimento da primazia do Direito Internacional sobre o ordenamento jurídico interno. Defendem o primado do Direito Internacional autores como Hildebrando Accioly e Vicente Marotta Rangel. Ambos fundamentam esta posição na jurisprudência internacional, na noção de unidade e solidariedade do gênero humano e no princípio do *pacta sunt servanda*. A menção ao entendimento dos dois ilustres internacionalistas encontra-se em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69-70.



A justiça se mundializa conferindo poder às ordens internas, sem que surja um poder mundial superior. Os juízes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito, como dizem Garapon e Allard.<sup>(62)</sup>

## 2. O controle de convencionalidade no Brasil: questões constitucionais

A Constituição Federal de 1988, em consonância com a moderna tendência de internacionalização do direito constitucional<sup>(63)</sup>, operou grande abertura ao direito internacional. O Brasil passou a ter como princípios em suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos, afora a defesa da paz e da solução pacífica de conflitos (art. 4º, incisos II, VI, VII e IX). A Constituição determina, em cláusula de matiz comunitária, que se busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando-se a formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único).

Após o extenso rol de direitos previstos no art. 5º, o legislador constituinte estabeleceu no § 2º que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Destacam-se, ainda, neste quadro de cooperação e coordenação com o direito internacional, o § 3º e o § 4º introduzidos no art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. O § 3º institui que os tratados de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Enquanto o § 4º prevê a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal

(62) ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Piaget, 2008. p. 30 e 36.

Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Os dispositivos mencionados são relevantes para o estudo do controle de convencionalidade porque da interpretação deles decorre a hierarquia dos tratados internacionais no Brasil. Como se sabe, o status dos tratados internacionais é o fator determinante para a realização ou não do controle jurisdicional de convencionalidade.

Em virtude do prestígio que a Constituição conferiu às normas internacionais de direitos humanos, é consolidado no panorama jurisprudencial<sup>(64)</sup> o *status* de mera legalidade dos tratados internacionais em geral. Por outro lado, desde 2008, após decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343), os tratados de direitos humanos gozam de tratamento especial no ordenamento jurídico pátrio, encontrando-se entre a Constituição e as leis em geral, num patamar denominado de supralegalidade.

A solução pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes na referida decisão, prevalecendo sobre o entendimento que concedia *status* constitucional (representada

(63) Paulo Bonavides define a internacionalização do direito constitucional como a tendência de "recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna". BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

(64) O entendimento vigora desde o RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977. Inúmeras decisões confirmaram a tese da mera legalidade dos tratados internacionais posteriormente, tais como o HC 70.625, de 22 de outubro 1993, e o HC 81.813, de 11 de junho de 2002. No ano de 2008, porém, o Supremo Tribunal Federal, no RE 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, relativizou este posicionamento ao afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos têm status de supralegalidade, pois são dotados de caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, tendo sido privilegiados pelo Texto Magno devido ao seu alto valor ético.





no caso pelo voto do Ministro Celso de Mello) e a que reconhecia status de mera legalidade (tese anacrônica e superada de acordo com todos os componentes do Pretório Excelso).<sup>(65)</sup> Com as mudanças na composição do Pretório Excelso, talvez se altere esse quadro, favorecendo o posicionamento do Ministro Celso de Mello.

Juntamente com o reconhecimento de patamar supralegal para os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a Corte Suprema entendeu que pela inteligência do § 3º, do art. 5º, apenas os tratados aprovados posteriormente à Emenda n. 45, de 2004, com o quorum especial adquirem caráter constitucional. Destarte, consagrou-se o entendimento que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente mantêm-se no patamar da supralegalidade.

Em sentido contrário, pode-se mencionar o magistério de Francisco Rezek, que afirma ser mais sensato crer que o Congresso, ao aprovar o referido parágrafo sem nenhuma ressalva aos tratados outrora concluídos mediante processo simples, foram elevados à categoria constitucional.<sup>(66)</sup>

(65) Na doutrina existem quatro correntes principais a respeito do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. São elas: (a) vertente que reconhece natureza supraconstitucional a esses diplomas, representada no Brasil por Celso de Albuquerque Mello; (b) posicionamento que atribui caráter constitucional à normativa de direitos humanos, representada por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, entre outros; (c) tendência que reconhece status de mera legalidade a esses documentos, defendida pelos Ministros Leitão de Abreu no RE 80.004, de 1977, que foi predominante até 2008 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; (d) aqueles que reconhecem caráter supralegal à normativa internacional de direitos humanos, representada pelo Ministro Gilmar Mendes na doutrina e na jurisprudência, que vigora atualmente no sistema jurídico nacional. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 649-666.

(66) REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103. No mesmo

Abordando outra questão constitucional relativa às inovações trazidas pelo § 3º, do art. 5º, Rezek aduz que os tratados internacionais de direitos humanos não poderão, a partir da Emenda n. 45/2004, ser denunciados pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária. Não será permitido nem mesmo que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, visto que ela mesma se declara imutável no que tange aos direitos dessa natureza.<sup>(67)</sup>

Analisadas as principais questões constitucionais referentes à internalização dos tratados internacionais, com ênfase na hierarquia dos documentos de direitos humanos, é possível tecer considerações a respeito da prática do controle de convencionalidade no Brasil, pois este instrumento é condicionado em grande medida pela forma com que os Estados recepcionam o direito internacional em seus ordenamentos jurídicos.

Levando-se em conta o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser exercido apenas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. O principal diploma paramétrico, aquele que serve de referência para a conformação da ordem jurídica interna, é o Pacto de San José. A jurisprudência da Corte Interamericana, não obstante os esforços dela e da doutrina, não tem vinculado as decisões do Supremo Tribunal Federal, como serve de exemplo a sentença que considerou válida a Lei de Anistia.

sentido, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli. Ambos argumentam que a diferença de patamar entre tratados de igual importância de conteúdo ético é uma contradição, uma afronta à isonomia. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

(67) *Idem*.



Numa visão realista, pode-se afirmar que o controle difuso é a forma principal de controle de convencionalidade no país. Assim sendo, os juízes singulares, os tribunais e o Pretório Excelso estão aptos a exercê-lo. Devem, sempre que a situação reclamar, compatibilizar a ordem jurídica interna à normativa internacional de direitos humanos, podendo, em caso de conflito, declarar a inconvenção da disposição legal pátria.<sup>(68)(69)</sup>

(68) Da mesma forma que no controle difuso de constitucionalidade, a declaração de inconvenção pelos tribunais deve obedecer a cláusula de reserva de plenário exigida pela Constituição Federal no art. 97. Ao juiz singular, assim como no controle de constitucionalidade, é permitido inaplicar a lei em conflito com a normativa internacional de direitos humanos.

(69) No panorama internacional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor sustenta a tese de que o controle concentrado de convencionalidade é exercido pela Corte Interamericana, enquanto a modalidade difusa pelas jurisdições nacionais. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor e VALADÉS, Diego, Formación y perspectiva del estado mexicano. México: UNAM, p. 173. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> Acesso em: 22.7.2011. Karlos Castilla sustenta que apenas a Corte Interamericana exerce o controle jurisdicional de convencionalidade. O trabalho efetuado pelas jurisdições nacionais é somente de interpretação de direitos e liberdades de acordo com os tratados. CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, p. 601, 2011. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>> Acesso em: 22.7.2011. Na doutrina pátria, Valério Mazzuoli, em estudo voltado mais para a atuação do Judiciário brasileiro, apresenta a possibilidade de controle de convencionalidade tanto na modalidade difusa como na forma concentrada. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 209-210. Particularmente, concordamos com Eduardo Ferrer Mac-Gregor quando afirma que a Corte Interamericana exerce controle concentrado de convencionalidade. Divergimos do jurista mexicano a respeito da modalidade de controle de convencionalidade no âmbito das jurisdições internas, talvez influenciados pela natureza mista do controle de constitucionalidade brasileiro. Entendemos que a forma de controle de convencionalidade depende do sistema constitucional de

Pode-se vislumbrar também um controle concentrado de convencionalidade por meio das ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade sempre que o conflito for primordialmente relacionado com as normas de direitos humanos.<sup>(70)</sup> O Tribunal competente seria, evidentemente, o Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes reconhece em trabalho doutrinário a possibilidade de os tratados de direitos humanos virem a ser parâmetro de controle das normas infraconstitucionais, desde que cumprido o procedimento disciplinado no § 3º, do art. 5º, da Constituição.<sup>(71)</sup>

Destarte, a verificação da convencionalidade das leis no Brasil já pode ser efetuada na modalidade difusa tendo como parâmetro os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avaliza este entendimento. O avanço incitado pelo controle de convencionalidade é a paralisação da eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes com os tratados de direitos humanos. Ainda, com o amadurecimento da técnica e da prática, também poderá ser exercido o controle na modalidade concentrada perante a Corte Suprema através das ações constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3. O controle de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista com parâmetro nas Convenções da OIT

As Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho<sup>(72)</sup> são os

cada Estado, podendo ser adotado o modelo difuso, concentrado ou misto. No Brasil, por exemplo, concordamos com a tese de Valério Mazzuoli sobre a possibilidade de controle de convencionalidade concentrado e difuso, assim como ocorre com a verificação da constitucionalidade.

(70) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210 e 218.

(71) MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 375.

(72) A Organização Internacional do Trabalho foi instituída na Parte XIII do Tratado de Versalhes, em





documentos centrais do direito internacional do trabalho, ramo do direito internacional cuja missão é o estabelecimento de patamares mínimos de proteção dos trabalhadores em todo o mundo, visando à promoção dos princípios da justiça social.<sup>(73)</sup>

Diferentemente do direito internacional comum e mesmo do direito internacional dos direitos humanos, afigura-se difícil, senão impraticável, a crítica multiculturalista que costuma atormentar os defensores de padrões razoáveis de compreensão intercultural e de defesa da dignidade humana.

A noção de violação da integridade dos trabalhadores parece se aproximar da universalidade, embora se deva reconhecer que existem gradações nestas condutas que são influenciadas pela cultural local. A Organi-

zação Internacional do Trabalho é ciente destas diferenças, que não são obstáculos absolutos ao diálogo, nem dogmas imutáveis,<sup>(74)</sup> e tem o hábito de incluir cláusulas abertas em seus diplomas normativos que permitem aos Estados uma margem de atuação compatível com seu grau de proteção da dignidade dos trabalhadores.

As convenções da OIT são tratados-leis, multilaterais e abertos, que visam a regular determinadas relações sociais. Diferentemente das recomendações, as convenções são objeto de ratificação pelos Estados, acarretando a obrigação de cumprimento de suas disposições.<sup>(75)</sup> Os objetivos maiores das convenções são: a) universalizar as normas de proteção ao trabalho; b) estabelecer o bem-estar social geral; c) evitar que razões econômicas impeçam que todas as nações adotem e apliquem as normas tutelares consubstanciadas nos diplomas internacionais.<sup>(76)</sup>

O mestre Arnaldo Süssekind quando trata do tema da integração das normas internacionais no direito interno alude especialmente aos deveres do Estado de tomar medidas legislativas para incorporar as convenções ao ordenamento jurídico interno e para integrar as normas à legislação interna por meio de medidas legislativas. Apontava a necessidade de atos do Poder Legislativo que alterassem ou revogassem leis incompatíveis com os diplomas internacionais do trabalho.<sup>(77)</sup>

É justamente essa a ideia que o controle jurisdicional de convencionalidade questiona

---

1919, tendo passado por uma grande reforma em 1944 quando da adoção da Declaração da Filadélfia. O Organismo tem composição tripartite, sendo formado pelos seguintes órgãos: a Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 60-61.

(73) Sobre o Direito Internacional do Trabalho, é magistral a lição do mestre Arnaldo Süssekind: "O Direito Internacional do Trabalho, tal como aqui será exposto, corresponde, portanto, ao capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano, tendo por finalidade: a) universalizar os princípios da Justiça Social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; b) estudar as questões conexas das quais depende a consecução dos referidos ideais; c) incrementar a cooperação internacional para a melhoria das condições de vida do trabalhador. Por conseguinte, tem por objeto: a) as relações, não só dos Estados entre si, mas, igualmente, entre eles e os organismos internacionais competentes na matéria; b) a atividade normativa tendente a incorporar direitos e obrigações aos sistemas jurídicos nacionais; c) programas de assistência técnica destinados a harmonizar o desenvolvimento econômico com o progresso social." SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 1244.

(74) Para uma abordagem otimista em relação à fecundidade do diálogo entre pessoas de diferentes contextos e a possibilidade concreta de se avançar no conhecimento, nos costumes e nas instituições de sociedade por meio de uma discussão crítica, ver: POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2009. p. 67-113.

(75) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 1271.

(76) *Ibidem*, p. 1241.

(77) *Ibidem*, p. 1282-1293.





e transforma. O Poder Judiciário entra no jogo. Os juízes passam a exercer um papel central no processo de concretização do direito internacional. A possibilidade de declarar inválidas disposições legais internas que conflitem com convenções internacionais revoluciona a função jurisdicional.

O conceito tradicional de que apenas o Poder Executivo e o Legislativo deveriam se comprometer com a efetivação das normas internacionais é definitivamente superado. O Judiciário, através do controle de convencionalidade, mobiliza-se para compatibilizar a legislação interna aos Standards internacional. Conforme a precisa observação de Garapon, os juízes constituem o último estágio de uma mobilização que começa nos movimentos de defesa dos direitos do homem e convertem-se nos agentes mais ativos da mundialização do direito, verdadeiros engenheiros da transformação.<sup>(78)</sup>

Do ponto de vista prático, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser desde já exercido utilizando as normas da OIT como parâmetro. Como foi exposto acima, em nosso país os únicos tratados internacionais que estão acima das leis em geral são os de direitos humanos, configurando-se no parâmetro para a verificação da compatibilidade das normas internas.

Defendemos que, em razão de serem normas vitais para a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento maior dos direitos humanos, as normas internacionais trabalhistas fazem parte do catálogo dos direitos humanos internacionais. Compõe o *corpus juris* dos direitos humanos.

Para consolidar essa visão a OIT editou a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, em 1998, na qual destaca

(78) ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 8 e 39.

como Convenções Fundamentais as que tratam dos seguintes temas:

- a) Liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) A abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) A eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Não é difícil compreender o abuso que representa uma jornada de trabalho habitual superior a doze horas, por exemplo. É atentatório da dignidade humana em qualquer lugar ou contexto, seja no Brasil, na Alemanha, na África do Sul ou na China. Desde 1919, quando criada a OIT, a Convenção n. 1 estabeleceu o limite máximo de 48 horas para a carga semanal de trabalho. Inconcebível que ainda seja prática corrente, até mesmo em países desenvolvidos.

O trabalho em condições análogas a de escravo, lamentavelmente, também ainda é comum em diversos países. Todos os anos milhares de trabalhadores são resgatados em ações conjuntas dos órgãos públicos no Brasil. As Convenções ns. 29/1930; e 105/1957 propugnam a abolição do trabalho forçado.

O trabalho infantil é hoje um dos mais graves e tristes problemas enfrentados na maioria dos países do mundo. Empregam-se crianças na produção e tráfico de drogas, na exploração sexual, em conflitos armados, dentre outras atividades degradantes. As Convenções ns. 138 (1973) e 182 (1999) estabelecem a necessidade de erradicação do trabalho infantil e mencionam algumas das piores formas dessa exploração.

Na mesma linha de promoção dos direitos humanos dos trabalhadores, a Convenção n. 111 orienta sobre a não discriminação em matéria de emprego e ocupação, de modo que não haja distinção por conta de raça, sexo, religião, origem social, nacionalidade, opinião política.





Como é possível perceber, todos os direitos mencionados são direitos humanos exercidos no local de trabalho. Se alguma particularidade os distingue é o local onde são exercidos: o ambiente da atividade laborativa.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece os direitos trabalhistas como direitos humanos. No Caso Baena Ricardo vs. Panamá, de 2 de fevereiro de 2001, a Corte considerou que a liberdade associação em matéria sindical é representativa da defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores e “se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”.<sup>(79)</sup> No exercício de sua função consultiva, especificamente na Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17 de setembro de 2003, a Corte de San José empregou a expressão “derechos humanos laborales” para classificar os direitos dos trabalhadores migrantes.<sup>(80)</sup>

À luz destes fundamentos, consideramos que os juízes trabalhistas podem, e devem, exercer o controle de convencionalidade com base nas normas trabalhistas internacionais produzidas pela OIT. Afinal, por serem componentes do catálogo dos direitos humanos internacionais, estas normas passam a gozar de *status* supralegal na hierarquia das leis no país.

Merece registro o esforço da magistratura trabalhista no estudo para aplicação das Convenções da OIT. Recentemente a Anamatra e a ALJT, Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho e Associação Latinoamericana de Juízes do Trabalho, respecti-

vamente, publicaram o livro *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: Manual de Formação para Juízes, Juristas e Docentes em Direito*. Trata-se de reprodução de uma publicação do Centro Internacional de Formação da Organização Internacional do Trabalho. Foi traduzida pelas Associações como ferramenta para dar maior efetividade às normas internacionais do trabalho.

Um bom exemplo da aplicação prática do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito da Justiça do Trabalho decorre da Convenção n. 132 da OIT, ratificada pelo Brasil em 5.10.1999. Cuida-se de conflito entre as normas dos arts. 4º (1) e 11 da Convenção n. 132 da OIT com o preceito do parágrafo único do art. 146 da CLT.

Art. 4º 1. Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo terceiro acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.

Art. 11. Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o § 1º do art. 5º da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

Diferentemente, a regra do parágrafo único do art. 146 da CLT estabelece:

Art. 146. [...]

Parágrafo único. Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, **desde que não haja sido demitido por justa causa**, terá direito à

(79) CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, Sentença de mérito, reparações e custas. 2 de fevereiro de 2001. § 158.

(80) Este o trecho: “137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y terceros.” CORTE IDH. *Opinião Consultiva n. 18*. 17 de setembro de 2003. § 137.



remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias. (*Redação dada pelo Decreto-lei n. 1.535, de 13.4.1977*).

Vale dizer, pela literalidade do texto da CLT, o trabalhador despedido por justa causa não tem direito ao pagamento de férias proporcionais, se na data da dispensa não tenha completado o período aquisitivo de férias.

O Tribunal Superior do Trabalho na Súmula n. 171 confirma a validade da norma celetista em detrimento da nova disciplina estatuída na Convenção n. 132 da OIT. Posicionando-se de forma diametralmente oposta, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região vem proferindo decisões que conferem primazia ao diploma da OIT. Colacionamos decisão de relatoria do juiz convocado Wilson Carvalho Dias, de 9 de junho de 2010:

Portanto, a Convenção n. 132 da OIT revogou tacitamente aqueles dispositivos da CLT menos benéficos ao trabalhador, em atenção, também, ao princípio geral de direito internacional de que os direitos previstos em norma internacional são mínimos, sem prejuízo de sua ampliação no plano interno. Portanto, em face do conteúdo do art. 11 da Convenção n. 132 da OIT, o parágrafo único, do art. 146, da CLT encontra-se revogado, ainda que tacitamente. Assim, é devido o pagamento de férias proporcionais à reclamante [...].<sup>(81)</sup>

(81) RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão n. 0137000-79.2009.5.04.0005. Relator: Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias. Porto Alegre, 5 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em: 22.7.2011. Outros exemplos de Acórdãos no sentido da prevalência dos art. 11 da Convenção n. 132 sobre o parágrafo único do art. 146 da CLT são: RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão n. 0020200-47.2009.5.04.0011. Relatora: Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Porto Alegre, 9 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em: 22.7.2011. RIO GRANDE DO SUL,

Este Acórdão representa em boa medida a prática do controle de convencionalidade. Prestigia a Convenção da OIT em detrimento da disposição celetista. A única divergência entre o que foi apresentado neste trabalho e o teor do acórdão é de fundamento, residindo no ponto específico da proposta de ser reconhecido status de supralegalidade aos documentos produzidos pela OIT, em virtude destes fazerem parte do catálogo dos direitos humanos internacionais.

Seria conveniente que o Tribunal Superior do Trabalho revise o teor da Súmula n. 171, haja vista que editada em 11.10.1982, incompatível com o direito assegurado na Convenção n. 132 da OIT, vigente no Brasil desde outubro de 1999.

Com a demonstração deste caso prático, resta evidente a possibilidade de os juízes e tribunais do trabalho exercerem o controle jurisdicional de convencionalidade com parâmetro nas Convenções da OIT – lembrando-se que o referido controle também deve ser realizado quando normas trabalhistas nacionais conflitarem com documentos centrais de proteção dos direitos humanos, como o Pacto de San José e o Protocolo de San Salvador.

### Considerações finais

Karl Popper recomendava que toda proposta teórica fosse formulada do modo mais simples e claro possível.<sup>(82)</sup> Desta forma, a discussão crítica seria facilitada, gerando um ambiente propício para que as melhores ideias fossem alcançadas e prevalecessem. Seguindo esse conselho, na busca de simplicidade e clareza, enumeramos em alguns pontos as nossas considerações finais:

Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão n. 0109000-17.2009.5.04.0281. Relatora: Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Porto Alegre, 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em: 22.7.2011.

(82) POPPER, Karl. *O mito do contexto*: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Biblioteca de filosofia contemporânea, 2009. p. 121.





(a) O controle de constitucionalidade compartilha com o controle de convencionalidade a origem jurisprudencial, os critérios, difuso e concentrado, e a vocação para revolucionar o papel do poder judiciário onde se instalam com sucesso.

(b) O direito comunitário europeu, com sua primazia do ordenamento comum, constante diálogo interjurisdicional e pelo estímulo à efetivação do direito internacional por juízes nacionais, é mais importante na origem e desenvolvimento do controle jurisdicional de convencionalidade do que a jurisprudência do Conselho Constitucional francês.

(c) O surgimento do controle de convencionalidade no continente americano deve-se ao pioneirismo do juiz García Ramírez, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posteriormente, a Corte acolheu a ferramenta e aprofundou seus efeitos ao propugnar que todos os juízes nacionais dos Estados-membros exerçam o controle de convencionalidade, até mesmo *ex officio*.

(d) No sistema constitucional brasileiro, a recepção do controle de convencionalidade é um fenômeno complexo. Envolve centralmente o debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais, que ficará em aberto ainda por longo tempo. Atualmente, os tratados comuns gozam de status de mera legalidade, enquanto os tratados de direitos humanos encontram-se acima das leis em geral e abaixo da constituição, é a chamada suprallegalidade. Com isso, o controle de convencionalidade só pode ser exercido no Brasil com base em tratados e convenções de direitos humanos ratificados. Assim como ocorre com o controle de constitucionalidade pátrio, pode assumir as formas difusa e concentrada, por via de exceção e de ação.

(e) O controle de convencionalidade pode ser exercido por juízes e tribunais do trabalho utilizando-se como parâmetro de verificação as Convenções da OIT. O fundamento maior

é a tese de que as normas internacionais do trabalho fazem parte do direito internacional dos direitos humanos. Os direitos trabalhistas seriam, na verdade, *derechos humanos laborales*, como referiu a Corte Interamericana. Na esteira desse raciocínio, é consequência lógica o reconhecimento de status supralegal para as Convenções da OIT, que, por isso, tornam-se parâmetro para o controle jurisdicional de convencionalidade.

(f) Existem decisões que reconhecem a superioridade das Convenções da OIT sobre as leis nacionais, efetuando algo próximo ao controle de convencionalidade. Exemplo disso encontra-se em sentenças e acórdãos de Regionais quanto ao direito às férias proporcionais na despedida sem justa causa, aplicando-se a Convenção n. 132 da OIT. Merece ser revista a Súmula n. 171 do C. TST, porque afronta Convenção Internacional que disciplina direito humano trabalhista. Portanto, os juízes e tribunais do trabalho podem, e, de certa forma, devem, realizar o controle difuso de convencionalidade tendo como parâmetro as Convenções da OIT, para promoção e efetividades das normas internacionais do trabalho.

### Referências bibliográficas

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

BAZÁN, Víctor. *La corte interamericana de derechos humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. “Constituciones y Principios” México: 6 a 10 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>> Acesso em: 22.7.2011.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England in four books*. ed. de 1893. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. v. 1. Disponível em: <[http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone\\_1387-01\\_EBk\\_v5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v5.pdf)> Acesso em: 25.7.2011.





BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso comunitário*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004.

CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2011. v. XI. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>> Acesso em: 22.7.2011.

COKE, Edward. *The selected writings and speeches of sir Edward coke*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. v. 3.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. ed. de 1915. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. Disponível em: <[http://files.libertyfund.org/files/1714/Dicey\\_0125\\_EBk\\_v5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1714/Dicey_0125_EBk_v5.pdf)> Acesso em: 25.6.2011.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

JOHNSON, Paul. *A history of the american people*. New York: HarperCollins, 1997.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. *Formación y perspectiva del estado mexicano*. México: UNAM, 2010. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> Acesso em: 22.7.2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2009.

QUESADA, Luis Jimena. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los tribunales constitucionales en la Unión Europea? *VIII Congreso de la ACE*. “*Derecho constitucional europeo*”. San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 22.7.2011.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHAW, Malcolm. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic. In: NIJMAN, Janne; NOLKAEMPER, Andre. *New perspectives on the divide between international and national law*. Oxford: Oxford University, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993.





# A “pejotização” da pessoa física, através da figura do microempresário individual: competência para julgamento

Rodrigo Cândido Rodrigues<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ O Microempresário Individual (MEI) é, em essência, uma pessoa física, que vive, na maioria dos casos, apenas de sua força de trabalho, e não difere dos empreiteiros, autônomos e profissionais liberais em geral. Se o MEI é comerciante, a competência para julgá-lo é da Justiça comum. O mesmo ocorre quando a iniciativa da discussão é do consumidor, quanto a defeitos nos serviços prestados pelo MEI. Porém, será da Justiça do Trabalho a competência para julgamento de pretensão relacionada aos frutos de seu trabalho, independente de envolver o uso do estuário do direito comum e consumerista, desde que o fundamento da ação seja o inadimplemento do tomador de serviços quanto trabalho do MEI.

## Palavras-chave

- ▶ Microempresário Individual – MEI – Justiça do Trabalho.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. O contexto que ocasionou a criação da figura do MEI
- ▶ 2. A *mens legislatoris* da criação do MEI
- ▶ 3. MEI: nunca uma “pessoa jurídica” foi tão física
- ▶ 4. A competência, em caso de inexistência de fraudes: a questão da “relação de trabalho x relação de consumo” levada ao seu limite
- ▶ Conclusão
- ▶ Bibliografia

## Introdução

A partir de 1º de julho de 2009, entrou em pleno vigor a figura do Microempreendedor

Individual (MEI), introduzida na LC n. 123/2006 por meio da LC n. 128/2008. O MEI já começa a adentrar a Justiça do Trabalho, causando certa perplexidade – porém, sem razão de ser. Afinal, ultrapassadas as formalidades, as discussões que restam são as mesmas que há décadas já estão acostumados a julgar os juízes trabalhistas, sem dúvida os

(\*) Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professor de especialização em Direito Material e Processual do Trabalho. Juiz do trabalho da 23ª Região. E-mail: rodcr@uol.com.br



materialmente competentes, se o objeto da discussão é relação baseada no trabalho do MEI.

### 1. O contexto que ocasionou a criação da figura do MEI

Alheios às discussões justralhistas, os brasileiros trabalham e buscam emprego. Nesta busca, comumente são obrigadas a integrar cooperativas, ou até, no jargão informal, “virar PJ”, para poderem trabalhar – embora com subordinação.

Trata-se de uma imposição do empresariado, que já há muito acredita numa “escala de custo” do trabalho, sendo, em ordem decrescente, o *empregatício*, o *autônomo*, o *cooperativado*, e, por fim, a contratação de serviços prestados por *empresa*, ou seja, uma “*pessoa jurídica* prestadora de serviços”, que acaba tendo o menor custo direto, pois, sendo contrato interempresarial, não gera sequer recolhimentos previdenciários, para o tomador de serviços.

Mas, conforme sabido por todos profissionais do direito, não é opção do empresário ou do prestador de serviços, escolher por uma ou outra forma de contratação: a escolha foi do legislador, ao editar cada respectivo diploma normativo. Cada necessidade imporá uma ou outra forma de contratação, sem jamais existirem possibilidades alternativas entre estas. Realizada a contratação pela modalidade inadequada à que impõe a norma – que, nesta matéria, é de ordem pública<sup>(1)</sup> –, o negócio jurídico será nulo.

(1) É de ordem pública, pois, além de formar os direitos do prestador de serviço, a própria forma de contratação do trabalho influenciará toda seguridade social, e a própria ordem econômica, que, a fim de evitar a concorrência desleal, impõe *standards* mínimos a serem cumpridos para todos empresários que exercem a mesma atividade econômica. O empresário que fraudas estes *standards* adquire uma vantagem competitiva desleal, arriscando com isso o empreendimento do bom empresário, que respeita tais patamares.

Sabem disto os profissionais do direito; sabe disto ainda parte do empresariado, e quase nenhum trabalhador. Daí, haverem ofertas de trabalho com preferência de “modalidades” contratação em escala inversa dos “custos”, mesmo quando a ordem jurídica vigente não autoriza isto.

É fácil distinguir o empresário ingênuo do empresário malicioso: o ingênuo contrata o trabalhador como “PJ”, para prestar trabalho tipicamente empregatício, acreditando que o véu de “formalidade” que recobre uma “pessoa jurídica” lhe permitirá deixar de arcar com toda carga de contribuições do empregado. Porém, chegando à Justiça do Trabalho, a ilusão se dissipa, e se assusta com o juiz, que, no seu ver, “favorece” o empregado – o que não é verdade, pois este apenas reestabelece os efeitos da ordem jurídica cogente, violada pelas partes.

O empresário malicioso, por sua vez, sabe exatamente o que está fazendo: determina que a pessoa crie uma “PJ”, ciente de que fraudas a lei e de que, num confronto judicial, a fraude será detectada e anulada. Se o trabalhador foi à Justiça do Trabalho, isso “faz parte do jogo”; era risco calculado, e o resultado da conta compensa, pois nem todos os trabalhadores buscam o Judiciário – por medo de retaliação, ou porque todo o formalismo que permeia o processo de “pejotização” faz parecer ao próprio trabalhador que o contrato fraudulento é válido;<sup>(2)</sup> além disso, por motivos diversos, a prestação jurisdicional nem sempre é eficiente, e também é deficiente a fiscalização trabalhista; não bastasse tanto,

(2) Se há empresários que estão cientes de que o que fazem já é errado, por que se dar ao trabalho de contratar por meio de “PJ”, ou seja, para que formalizar algo que já sabe que não vingará? Porque o “ar de formalidade” em torno da fraude lhes dá o benefício da dúvida: engana o empregado, a fiscalização das SRTes, e já confundiu até muitos juizes. No final das contas, as confusões permitidas pela “fraude formalizada” acabam tornando-a mais compensadora do que a fraude absoluta (inexistência de qualquer espécie de formalidade).





na pior das hipóteses, faz-se um acordo para pagar menos do que o devido – prática hoje incentivada e quase imposta, até pelo CNJ, que, de tão preocupado em desafogar o judiciário através da conciliação, ainda não se tocou que, na seara trabalhista – onde a ordem jurídica é cogente, e os direitos são indisponíveis – isso apenas favorece, para os menos desavergonhados, o descumprimento espontâneo das obrigações legais a todos impostas (o que acaba, em médio prazo, por aumentar, e não diminuir o número de lides, um contrassenso à missão do próprio CNJ).

Quanto aos trabalhadores, não versados em toda discussão da doutrina idealista alemã que permitiu a existência formal de uma “pessoa jurídica”, criam-na, como uma extensão direta de sua pessoa física, mas perante as Juntas Comerciais ou Cartórios de Registro das Sociedades Cíveis, enfim: são constituídas simplesmente para que estas pessoas naturais obtenham um número de “CNPJ” e um bloco de notas fiscais, que lhes permitirá obter empregos onde um simples “CPF” não é aceito.

O brasileiro, tão submisso aos formalismos, nem mais os questiona. Vai ao Cartório (Civil ou Comercial), onde é informado que precisa de um sócio. Convoca um parente qualquer, ou outro amigo na mesma situação, para obter sua tão almejada “identidade de pessoa jurídica”. Registra a “PJ”, em seu endereço residencial, e recebe, pelo correio, alvará para seu funcionamento. Na prática, a “PJ” acaba não funcionando sequer em sua residência: funciona, sempre, onde estiver o corpo do trabalhador.

Porém, todo esse formalismo dá ao trabalhador a impressão que seu contrato com o empregador é válido. E, assim, segue o Brasil, tendo mais de metade de seus trabalhadores que deveriam ser registrados, como empregados, na absoluta informalidade, ou então

trabalhando como falsos “PJ”, “autônomo” ou “cooperado”.<sup>(3)</sup>

## 2. A mens legislatoris da criação do MEI

É neste contexto que o legislador aprovou a LC n. 128/2008 (que inseriu na LC n. 123/2006 os arts. 18-A a 18-C) criando a figura do Microempresário Individual (MEI), que, na prática, não passa da possibilidade de se conceder “personalidade jurídica” a um autônomo (obviamente, pessoa física).

Assim como este é contribuinte obrigatório da seguridade social, também é o MEI – na categoria de contribuinte individual –, que passa, com isso, a poder usufruir de certas prestações da previdência social. Para tanto, ele recolhe 11% de seus ganhos à previdência social – e, tal como ocorre (ou deveria ocorrer) com o autônomo, o tomador de serviços recolhe 20% de contribuição sobre o valor dos serviços.

A ideia, em suma, parece ter sido criar uma nova possibilidade de incluir, na economia formal, um grupo de trabalhadores autônomos, mas pobres (como a maioria dos encanadores, artesãos, pipoqueiros, borracheiros, pedreiros de pequenos reparos e obras, camelôs, cabeleireiras, sacoleiros, lavadores de carro, etc.), a partir da “pejotização” destes (afinal, o CNPJ sempre foi mais querido que o CPF, pelos tomadores de serviços em geral).

Algumas más práticas cotidianas, como a do registro da empresa no endereço *residencial* de seu titular, são absorvidas pela nova norma, e passam a ser legalizadas (nova redação do art. 7º, parágrafo único, inciso II, da LC n. 123/2006). E, para incentivar a formalização, há isenção de taxas, emolumentos e demais custos relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao alvará, à licença, e outros trâmites.

(3) O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aponta que mais da metade da *população economicamente ativa* trabalha na informalidade, conforme dados relativos ao período de 1992-2004. IPEA. *Brasil: O estado de uma nação*, p. 339.





É, enfim, a formalização da quimera mais notável e profusa da economia brasileira: a do “autônomo” pobre, hipossuficiente,<sup>(4)</sup> geralmente uma pessoa que não conseguiu encontrar emprego, ou seja, um lugar na economia formal onde há, em tese, respeito aos patamares mínimos de direitos sociais da pessoa humana.<sup>(5)</sup> Esta quimera floresce em países de alto desemprego e baixa qualificação (educação) para o trabalho, que, após tantas eras, ainda se permitem acreditar que uma “mão invisível” do capital consertará todas mazelas da sociedade.

Trata-se, em suma, de uma proeza em que o legislador brasileiro já é bem versado: a de tentar tapar um buraco com outro buraco.

É notável, ainda, o intuito arrecadatário do Estado, que, inclusive, já há muito prevalece sobre sua preocupação com o trabalhador. Fato notável até mesmo nas últimas alterações da própria CLT: enquanto os juízes se dividem, discutindo se as já batidas reformas do CPC aplicam-se à CLT, ou se o legislador teria realmente se esquecido para sempre do direito e do processo do trabalho, as reformas de viés unicamente arrecadatário continuam a fluir, com profusão e sem controvérsias (ex.: Leis ns. 10.035/2000 e 11.457/2007, que alteraram o art. 832 da CLT).

É também mais um instrumental possível para utilização pelos adeptos da “fraude formalizada”: seja pela contratação empregatícia

dissimulada por contratos “interempresariais”, ou mesmo pela possibilidade de se contratar um verdadeiro autônomo, mas emissor de Nota Fiscal, e não RPA.

E, por fim, algo a mais para confundir o operador do Direito, a par das terceirizações e “pejotizações” que tanto já complicaram a situação do trabalhador hipossuficiente brasileiro, mesmo na própria Justiça do Trabalho.

### 3. MEI: nunca uma “pessoa jurídica” foi tão física

A caracterização e regime jurídico do MEI é dada no art. 3º, da LC n. 128/2008 (que se refletiu nos arts. 4º, 7º, 13, 17, 18, 18-A a 18-C, 21, 23, 26, 33, 36-A, 38 e 77 da LC n. 123/2006).

Pela leitura, fica claro que o esforço de inclusão deste, na formalidade, não esconde sua condição de trabalhador, pessoa física. O próprio limite de receita bruta anual de R\$ 36.000,00, que vai resultar, na melhor de todas as hipóteses, em um ganho **bruto** médio de R\$ 3.000,00 mensais – em que se incluirão todos seus gastos pessoais, com o trabalho, como transporte, alimentação, etc. – afinal, ele arca completamente com os riscos da atividade. Isso, claramente, impede que o MEI se distancie, em ganhos líquidos, da média dos trabalhadores celetistas brasileiros (que, ao menos, tem férias, 13º e FGTS, e não têm seu salário comprometido com os custos e riscos do seu próprio trabalho).

Notável, ainda, pela leitura do supracitado dispositivo, que o todo empreendimento do MEI funda-se em seu esforço pessoal (físico ou intelectual): distancia-se, em essência, dos demais empreendimentos comerciais regulados no Livro II, do CCB – tanto que o MEI é praticamente proibido de ter empregados – ou melhor: pode tê-los, mas perderá a enorme vantagem do recolhimento mensal em valores fixos pelo SIMPLES, conforme dispõe o § 4º, do art. 18-A, da LC n. 123/2006.

(4) Diz-se “quimera” porque a ideia de autonomia é, em tese, excludente da ideia de hipossuficiência. O autônomo é livre em suas escolhas, pois não está premido pela necessidade. Quem está premido pela necessidade obviamente não tem plena autonomia gerência de sua vida, e de nada adianta estender, ao mesmo, direitos previdenciários que de qualquer forma já estariam garantidos caso optasse por recolher como contribuinte facultativo. Enfim: o que sempre impediu o informal de adentrar a formalidade nunca foi a lei, mas a vontade deste, e de seus tomadores de serviços, sendo tudo isto aliado ao baixo temor da fiscalização ineficiente do Estado brasileiro.

(5) A expressão “patamar civilizatório mínimo” é de DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1230.





Enfim: o caráter humano é indisfarçável, sobretudo, pelo paradoxo criado pela figura de uma “empresa” que tem seriíssimas limitações quanto à organização e proveito dos fatores de produção.

E tanto não é “empresa” que o Ato Declaratório Executivo RFB n. 70/2009 (que dispensa o MEI da apresentação da declaração anual de ajuste de imposto de renda) muito bem o denomina “pessoa física Microempreendedor Individual – MEI”.

#### **4. A competência, em caso de inexistência de fraudes: a questão da “relação de trabalho x relação de consumo” levada ao seu limite**

Claro que, sendo a personalidade jurídica atribuída ao MEI utilizada, somente, para encobrir uma relação empregatícia (extração da “mais-valia” do MEI, por outro empresário, que simplesmente quer diminuir ilegalmente os “custos do trabalho”), estaremos diante de uma fraude comum, mas já bem antiga, que não surpreende mais na Justiça do Trabalho.

Mas não se defende, aqui, que todo registro como MEI implica em fraude trabalhista, e que todos seriam empregados. Este não é o objeto da discussão: embora a LC n. 128/2008 não tenha trazido solução útil à informalidade, também não se pode partir do pressuposto que veio só para instituir mais uma modalidade de fraude ao Direito do Trabalho. Nos casos em que se respeita a ordem jurídica, o MEI, realmente, estará trabalhando por conta própria, porém “pejotizado”.

E, neste ponto, passa-se à discussão acerca da atuação Justiça do Trabalho, que tem suscitado controvérsias, quando o MEI presta trabalho realmente não empregatício.

Muitos autônomos – que tem passado a ser MEIs – praticam atividade estritamente comercial, sem prestação de serviços, mas

apenas fornecimento de produtos, não travando, assim, relação de trabalho (ex.: “camelôs”). A competência para seu julgamento nunca foi da Justiça do Trabalho, e, uma vez em Juízo, aplica-se-lhes o rigor do CDC.

Mas, e quando os MEIs forem prestadores de serviço, dependendo, exclusivamente (ou quase exclusivamente), de sua força de trabalho, para sobreviver (como é o caso, por exemplo, dos bombeiros hidráulicos, das cabeleireiras, pedreiros, etc.)?

Neste caso, a competência será dada pela natureza da pretensão imediata.

Se a ação versa sobre imperfeições do serviço prestado, a iniciativa da ação, logicamente, é do tomador dos serviços (ou “consumidor”). O palco destas discussões também será a Justiça Comum, ainda que o MEI (ou prestador de serviços) possa reconvir, ou mesmo alegar exceções diversas, relacionadas ao inadimplemento da parte contrária, e até mesmo a exceção do contrato não cumprido.

Para o CDC, o consumidor, em geral, é o hipossuficiente, mas é errado dizer que não distingue entre empresas grandes, pequenas, ou constituídas de uma só pessoa. A própria inversão do ônus da prova, de que trata o art. 6º, VIII, não se aplica quando não há verossimilhança, ou quando o consumidor não é hipossuficiente (o que será comum, quando contratar com o MEI – que, não raro, será o hipossuficiente, pelas razões narradas no item anterior).

Além disso, a rigorosa responsabilidade objetiva, de que trata o CDC, não se aplica contra o MEI, por força do § 4º, do art. 14, pois este, como visto, não deixa de ser um profissional liberal trabalhador, ainda que sob o véu de “pessoa jurídica”.

Se isso não for percebido, pelo juiz, pode haver o massacre de um trabalhador, com todas inversões da prova e responsabilizações





objetivas possíveis – só porque este trabalhador formalizou-se como MEI.

E, de acordo com o art. 114, inciso I, da CFRB, se o objeto da ação não é o defeito do serviço, mas a proteção do fruto do trabalho realizado (e, pela lógica, sua iniciativa da ação terá então sido do prestador de serviços – o MEI), deverá fazê-lo na Justiça do Trabalho. E, invertendo-se os papéis, poderá o tomador dos serviços reconvir, ou mesmo opor exceções que justifiquem sua inadimplência (ex.: pequeno empreiteiro cobra parcela não adimplida de seu serviço, mas o contratante afirma que o serviço foi feito de forma distinta do contratado, ou malfeito). Nada há de estranho nisso: o juiz do trabalho pode, embora *incidenter tantum*, julgar qualquer matéria que se interponha ao provimento jurisdicional de mérito de sua competência.<sup>(6)</sup>

Mas caberia, ao Juiz do Trabalho, utilizando-se o art. 8º da CLT, usar as regras protecionistas do consumidor, mesmo diante de um trabalhador hipossuficiente?

Nestes casos, fazendo-se necessária a aplicação da legislação comum e do CDC, pelo Juiz do Trabalho, este os aplica, sem maiores dificuldades, como sempre aplicou, subsidiariamente, qualquer diploma compatível, na omissão da CLT.<sup>(7)</sup>

A solução dada, de se determinar a competência da Justiça do Trabalho, ou da Justiça

Comum, a partir da análise do objeto imediato da pretensão (se MEI, o pagamento de seu trabalho; se tomador, o bom cumprimento da obrigação de fazer), pode parecer estranha, pois, embora os direitos subjetivos vindicados seja diferentes de um caso para outro, em todos casos derivarão de uma mesma relação jurídica.

Essa estranheza aparente decorre do desgaste que já apresenta a especialização e distribuição de competências do Judiciário: hoje, praticamente toda relação de trabalho está ligada a uma relação comercial ou consumerista, e vice-versa. Além disso, o próprio trabalhador é consumidor, e também segurado da Previdência Social. A especialização extrema – ou até mesmo a má distribuição de competências – tem resultado em confusões diversas, e numa Justiça do Trabalho cada vez mais arrecadatória, sem que tenha se tornado mais eficiente na proteção integral do trabalho humano.

Mais estranho, porém, seria fechar as portas da Justiça do Trabalho ao MEI: tratar-se-ia de um erro do ponto de vista técnico e social.

Afinal, a Justiça do Trabalho, historicamente, nunca teve dificuldades em julgar relações trabalhistas não empregatícias, quando o sujeito é um destes “autônomos hipossuficientes” que trabalham sem ajudantes, e que existem em profusão, em nosso país: é disso que se trata o art. 652, “a”, III, da CLT.

Em que o MEI prestador de serviços se diferenciaria do pequeno empreiteiro do art. 652 da CLT? Na realidade, MEI prestador de serviços comumente é um pequeno empreiteiro. Acreditar que o véu formal da “personalidade jurídica” do MEI prevalece, seria um artificialismo extremo, eis que, como já demonstrado, a prevalência do fator humano é evidente, no caso do MEI. Enfim: não parece razoável dizer que a Justiça do Trabalho tornou-se incompetente, só porque o pequeno empreiteiro que tinha um CPF passou a ter um CNPJ.

(6) E não é o que ocorre sempre, *v.g.*, quando um juiz do trabalho julga a justa ou injusta causa de uma dispensa quando há alegação de furto? A prática do crime, exceção material heterogênea que é, passa a ser decidida *incidenter tantum*: o convencimento, do juiz do trabalho, acerca da prática do crime, não lhe permite apenas o empregado, nos termos do CP, mas é crucial para a solução da existência de causa justa para ruptura do contrato.

(7) Afinal, como se vê em quase todas defesas em lides de pequena empreitada, julgadas há décadas na Justiça do Trabalho, o tomador de serviços argui vícios na prestação de serviços, como exceções materiais ao pagamento de todo preço do serviço acordado pelo empreiteiro, e resta ao juiz, verificados os vícios, arbitrar o valor ponderando cada situação.





Reafirma-se que a questão colocada não diz respeito a fraudes: admitem-se os casos em que a “pejotização” desta pessoa física seja lícita (considerando que realmente trabalha por contra própria, e que seguiu os trâmites da LC n. 123/2006); o que não se admite é que a sua realidade de vida tenha se alterado, em função disso (senão no âmbito fiscal), e menos ainda tenha se alterado uma competência que já era da Justiça do Trabalho mesmo antes da EC n. 45/2004.

Aliás, a própria EC n. 45/2004, pela nova redação dada ao art. 114, da CFRB, é o mais forte argumento em favor da defesa da “manutenção” da competência da Justiça do Trabalho para julgar o pequeno empreiteiro – mesmo que optasse por se tornar MEI.

O receio em citá-la, porém, são as interpretações do que é “relação de trabalho”, dadas após esta EC n. 45/2004: se, teoricamente, a reformulação do art. 114 da CFRB claramente ampliou a competência da Justiça do Trabalho, na prática o que temos hoje é uma Justiça do Trabalho muito mais fechada ao trabalhador não empregado do que outrora. A prova disso foi o imposto pelo STF, quanto ao julgamento de contratações ilegais de trabalhadores por entes públicos,<sup>(8)</sup> e a Súmula n. 363, do STJ, que declarou a competência da Justiça Comum para o julgamento de qualquer espécie de profissional liberal (ou seja, autônomos), sem que houvesse resistência, por parte do TST – que, pelo contrário, reforçou tal entendimento, no julgamento do processo E-RR n. 310/2006-026-12-00.3, perante a SDI-1.

Deste aspecto, aliás, surge um interessante questionamento, que leva ao limite as discussões acerca da “nova” competência dada

pela EC n. 45/2004: existe, para além da semântica, alguma diferença, entre o pequeno empreiteiro (esteja ou não transformado em MEI), que é julgado perante a Justiça do Trabalho, e o profissional liberal, que, conforme precedentes acima, é julgado pela Justiça Comum?

O que há são diferenças entre os próprios profissionais liberais: em alguns, prevalecerá o aspecto humano, e seu trabalho para subsistência; em outros, prevalecerá a atividade empresarialmente organizada. Prevalecendo o primeiro aspecto, definida está a competência do Juiz do Trabalho – ainda que, em seu julgamento, precise valer-se de certas normas do CDC, ou do CCB.

O que não se pode, a esta altura da História, é esquecer a máxima da Declaração da Filadélfia, de 1944 (que foi anexada à Constituição da OIT, em 1946), de que o trabalho não é mercadoria, e achar que as relações consumeristas (jovens, em nossa ordem jurídica) passaram, na atualidade, a prevalecer sobre o caráter trabalhista (que é regrado por um direito que se mostrou essencial à humanidade ao longo de mais de dois séculos de história).<sup>(9)</sup>

De outra forma, se negarmos competência ao MEI – e mesmo para profissionais liberais de toda espécie –, para que vindiquem, na Justiça do Trabalho, os frutos de seu trabalho, teremos que negar também vigência ao art. 652, III, da CLT, tornando inútil, por conseguinte, o art. 455, do mesmo diploma. Afinal, o pequeno empreiteiro não o deixa de sê-lo, apenas porque se formalizou, juridicamente, como MEI. Seria, enfim, interpretar assistematicamente a ordem jurídica, negando-a.

Negar vigência a estes dispositivos, que sempre funcionaram muito bem antes da EC

(8) Começou em fevereiro de 2005, com a liminar ADI n. 3.395, que nem tratava desta matéria específica, mas foi usada como pretexto na fundamentação de Reclamações como a 6667, e do RE 573202/AM (ambos decididos no final de 2008), até o golpe final dado no julgamento conjunto das RCLs 4091, 4592, 4787, 4912, 4989 e 7931, em junho de 2009.

(9) Quanto a isto, reforça ainda nosso argumento o Enunciado n. 64, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (de 23.11.2007), que representa uma interpretação defendida pelas bases, embora não pela cúpula do Judiciário.





n. 45/2004, é o mesmo que admitir, em definitivo, que não foram por ela recepcionados, e, com isso, firmar-se-ia o paradoxo de uma Emenda Constitucional que veio para ampliar a competência da Justiça do Trabalho, mas que até agora tudo o que fez foi fechar cada vez mais suas portas, para os trabalhadores não empregados.

### Conclusão

O Microempresário Individual (MEI), por força da própria norma que o instituiu, que se aplica a quem recebe menos de R\$ 36.000,00 brutos anuais (nos quais se incluem todos seus gastos, e riscos do negócio), e que impõe sérios limites à organização empresarial (como o desestímulo à contratação de empregado), é figura em que prevalece o caráter humano, com prestação pessoal de serviços (físicos ou intelectuais). Em regra, não passa de um autônomo, ou pequeno empreiteiro “pejotizado”.

A figura foi engendrada para incentivar certo grau de formalidade (e conseqüente incremento arrecadatório fiscal), e torna-se, para o tomador de serviços, um substituto de contratações de autônomos.

Se o MEI é comerciante, fornecedor de produtos, a competência para julgá-lo é da Justiça comum. O mesmo ocorre quando a iniciativa da discussão é do tomador de serviços, quanto ao adimplemento da obrigação de fazer.

Porém, em se tratando do uso da figura do MEI, para encobrimento de uma relação de emprego, não há dúvidas, quanto à competência da Justiça do Trabalho, para declaração da fraude.

Além disso, em se tratando de MEI que realmente trabalhe por conta própria, será também da Justiça do Trabalho a competência para julgamento de pretensão relacionada aos frutos de seu trabalho, independente de envolver o uso do estuário do direito comum e consumerista, desde que se trate de prestação de serviços em que prevalece o caráter individual do MEI.

### Bibliografia

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Brasil: o Estado de uma nação*. Brasília: IPEA, 2006.





# A prescrição: direito ou diretiva?<sup>(\*\*)</sup>

Alexei Almeida Chapper<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ Analisa-se o instituto prescricional e sua estrutura a partir de uma visão objetiva e científica da matéria, discorrendo abertamente acerca das mais tormentosas questões adjacentes às polêmicas consequências da recente inovação introduzida em nosso ordenamento pela Lei n. 11.280/2006. Ao aferir a consonância entre os valores relativos à justiça e à segurança jurídica, a presente obra instiga a discussão sobre a natureza jurídica da prescrição, diante das modificações processuais que atingiram o próprio direito material; e adverte – já no próprio título – para as implicações deste novo paradigma esculpido pela redação do § 5º do art. 219 do CPC. A prescrição é um direito, não diretiva, e, em razão disso, dispositivos como os arts. 191 e 882 do Código Civil de 2002 não foram revogados pela nova lei processual. A procura por celeridade à razoável duração do processo é, sem dúvida, salutar meio para que se alcance um Poder Judiciário mais forte e dinâmico. A despeito disso, a aprovação constitucional de um processo mais diligente e ativo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988) não poderá dar ensejo ao sacrifício da justiça, o que inevitavelmente irá ocorrer com a pronúncia oficiosa da prescrição. Afinal, com o devido respeito ao Príncipe, os fins não justificam os meios.

## Palavras-chave

- ▶ Prescrição – pretensão – direito – exceção – defesa – arguição.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Exceção substancial: conceito e consequências
  - ▶ 1.1. Espécies de defesa: situando a exceção substancial e reafirmando as suas premissas
- ▶ 2. Dos direitos subjetivos até a pretensão
  - ▶ 2.1. A imprescritibilidade das pretensões: decorrência da manutenção do direito subjetivo
  - ▶ 2.2. As espécies de ação processual e o critério científico para a distinção entre prescrição e decadência
- ▶ 3. Prescrição de ofício: do direito até a diretiva
- ▶ Considerações finais
- ▶ Referências bibliográficas

(\*) Mestrando em Direito pela PUC/RS – Pesquisador CAPES. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/RS. Advogado. Autor do livro *Polêmicas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2010. Laureado em 8 concursos nacionais de monografia jurídica.

(\*\*) Este artigo científico traz a síntese da monografia vencedora do Prêmio Francisco Solano Magalhães, 2010, promovido pela ESMATRA VI. alexeichapper@hotmail.com.



## Introdução

Os dicionários da língua portuguesa e os vocabulários jurídicos, fundamentalmente, vêm definindo a expressão “prescrição” nos seus dois diferentes significados, quais sejam: na perspectiva de uma diretiva, uma imperativa de comportamento, de um comando, de uma ordem, de um preceito; e também como “a perda da ação por falta de exercício do direito respectivo durante o prazo previsto em lei”<sup>(1)</sup>, ou como a “perda do direito ou da faculdade de alegá-lo, por não ter sido exercitado”<sup>(2)</sup>, e, igualmente, como “o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo”<sup>(3)</sup>. Nesse contexto, já é possível perceber nitidamente que as distinções apontadas conduzem a duas acepções completamente diversas para que se possa efetivamente compreender em que consiste o instituto prescricional.

A primeira acepção, em harmonia à etimologia, exprime a ideia de regra indicada ou mesmo receitada como uma ordem. É nesse sentido, ademais, que se incluem as conhecidas, temidas e ininteligíveis prescrições contidas nas receitas médicas. Dentro desta conjuntura, aliás, não se pretende questionar as respeitáveis considerações dos léxicos mencionados. Quanto à segunda definição, porém, não se pode afirmar o mesmo.

O significado jurídico de prescrição precisa ser compreendido sob o prisma de uma exceção, ou seja, de um direito material cuja natureza jurídica reside em ser de defesa. Nessa acepção, logo, o que submerge com o decurso do lapso temporal necessário somado à inércia do interessado não poderia ser qualquer espécie de direito. O que, efetivamente deixa

de existir – como em páginas futuras se poderá melhor detalhar – é a integralidade da pretensão jurídica ativa, que perde o seu caráter coercitivo diante da inexigibilidade jurídica das obrigações naturais, dentre as quais se inclui a obrigação adjacente a uma pretensão prescrita.

A ação, da mesma forma, em quaisquer de suas acepções, nada tem a ver com a perda eficaz da pretensão em virtude da manifestação da prescrição consumada em juízo. Ou melhor, a pretensão à tutela jurídica – assegurada constitucionalmente – continua intacta, assim como incólume permanece a possibilidade de se intentar a ação processual – em exercício do direito público constitucional subjetivo de ação – e, também, de receber o credor do seu devedor o pagamento válido e eficaz da obrigação, embora já prescrita a pretensão.

A pretensão consiste, pois, na possibilidade de se exigir em juízo o cumprimento coercitivo de uma obrigação vencida e não adimplida pelo devedor. Em nome da segurança jurídica, no entanto, as pretensões não são dotadas de cargas de eficácia eterna pelo ordenamento jurídico posto.

A imutabilidade, desde Heráclito, como bem refere o insigne pesquisador Cláudio Ari Mello, não se incorpora como uma das características ou fenômenos naturais deste mundo, uma vez que nada está em permanente estado de repouso e descanso; na verdade, tudo está sempre a fluir<sup>(4)</sup>. Na mesma esteira, é possível incluir todo o “universo jurídico”; afinal, da mesma forma, encontra-se em constante processo de mutação e adaptação às transformações políticas, sociais e econômicas que se dispõe a analisar e regulamentar. Desta senda advém a necessidade de se aferir solidez ao ordenamento jurídico e, especialmente, às

(1) CUNHA, Sérgio Sérvula da. *Dicionário compacto do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 209.

(2) GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006. p. 453.

(3) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 583.

(4) MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 173.





normas por ele instituídas a fim de que as mais variadas relações jurídicas, dele decorrentes e implantadas em alternados segmentos da sociedade, possam assumir um caráter mínimo de estabilidade e firmeza sem as quais não haveria como se legitimar e sustentar qualquer Estado de Direito.

Desse modo, sob pena do indesejável afastamento dos objetivos propostos, resta inevitável o traçar de um rumo específico à investigação e constante mira neste direcionamento, tendo em conta os aspectos ora reputados como necessários ao debate em pauta: a prescrição *ex officio*. Os apontamentos deste estudo, a despeito de reconhecerem o esforço do legislador em procurar agilizar e abreviar o processo, a fim de diminuir a sobrecarga de trabalho imposta aos magistrados, para que melhor possam desempenhar as suas funções, serão críticos e discutirão questões objetivas, que não podem, sob qualquer ângulo de análise e de argumentação, ser ignoradas pela comunidade jurídica. Destarte, os caminhos da presente pesquisa serão percorridos com o intuito de indagar se as modificações legais promovidas pela reforma processual se coadunam à natureza jurídica da prescrição e aos seus corolários constitucionais, materiais e processuais.

A nova legislação ao tratar do fenômeno prescricional no Brasil inovou e revolucionou, alterando e deixando para trás milhares de anos de sedimentação teórico-jurídica, que dava ensejo à satisfatória diferenciação entre os institutos da prescrição e da decadência. O novo desenho dado à prescrição mistura as suas cores com a de outros institutos, de natureza jurídica diversa, renovando e redefinindo a sua aparência e o seu sentido, mas, sobretudo, desfigurando o seu caráter essencial de exceção. Aliás, é, exatamente em virtude das extremadas transformações introduzidas no ordenamento jurídico pela legislação infraconstitucional, provavelmente com vistas à efetivação da mais recente garantia fundamental – a celeridade da tramitação do

processo – engranzada no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB/1988, que se conclama a indagação em epígrafe. Afinal, a prescrição teria, após as modificações processuais, perdido o seu caráter de exceção material, para configurar-se numa regra, numa ordem, ou numa receita a ser, em quaisquer circunstâncias, declarada *ex officio* pelo juiz?

Como já foi adiantado, a perquirição de uma resposta satisfatória não prescinde da verificação: dos valores supremos – nos termos do Preâmbulo da Magna Carta de 1988 – segurança e justiça; das garantias fundamentais – esculpidas no art. 5º, *caput*, e inciso LXXVIII, da Carta Democrática brasileira – segurança e celeridade; e da rememoração das bases estruturais enunciadas à prescrição, à decadência e à pretensão jurídica ativa e passiva.

Serão, igualmente, introduzidas, a fomentar o debate, a clássica e paradigmática Teoria Científica de Agnelo Amorim Filho, distinguindo critérios à aplicação de prazos prescricionais e decadenciais, e a Teoria dos Direitos Subjetivos de Chiovenda, que divide os direitos subjetivos em duas grandes camadas. Em suma, o atilado autor italiano isola e destaca as particularidades alusivas aos direitos à prestação, diferenciando-as dos direitos potestativos e de suas peculiaridades.

Parte-se, por conseguinte, da definição e das sequelas das chamadas exceções substanciais. E chega-se a tal ponto dispondo acerca dos três possíveis significados atribuíveis à palavra ação. Assim, depois de estabelecidas as premissas de uma exceção material, a posterior argumentação, adversa à reforma processual no que toca à pronúncia de ofício da prescrição, provavelmente soará mais atraente e plausível.

Em seguida, aspira-se analisar o traçado que se desenvolve entre o nascimento do direito subjetivo até o surgimento da pretensão a fim de demonstrar que a prescrição





civil não fulmina direito nem ação, e sim, tão somente, a pretensão em sentido estrito, ou seja, a exigibilidade jurídica. O direito subjetivo é existente e válido e, como é parte integrante da pretensão, de acordo com a presente pesquisa, não é correto aduzir que a pretensão sucumbe com a prescrição. A pretensão fica debilitada da sua exigibilidade jurídica, é verdade; mas o direito subjetivo, uma vez violado, passa a integrar um dos polos da pretensão, razão pela qual, respeitosamente, sustenta-se que a pretensão é imprescritível. O direito subjetivo continua existente e válido: aguardando que o devedor da obrigação o satisfaça para que, a despeito da passagem de qualquer prazo prescricional, resgate também a sua eficácia. E a sua justiça.

### 1. Exceção substancial: conceito e consequências

Consoante Pontes de Miranda<sup>(5)</sup> é possível asseverar, sem receio de recair em imprecisões conceituais, que a prescrição se configura numa exceção – a serviço da segurança jurídica – que o devedor de uma prestação pode alegar em face do seu credor o qual, durante um lapso temporal preestabelecido em lei, restou inerte ao não exigir a sua pretensão por meio da ação processual cabível. Aí estão todos os elementos essenciais à escorreita análise que será desenvolvida a partir de agora. Considera-se importante a prévia síntese das noções comumente empregadas às expressões “ação” e “exceção”, para que – a começar por tais informações estruturais – se possa melhor pautar a discussão e, em seguida, situar a matéria em evidência numa das áreas do saber jurídico.

A palavra ação, por conseguinte, pode ser compreendida e utilizada em três diferentes sentidos ou significados. A saber: em sentido

constitucional; em sentido processual; ou em sentido material.

A primeira denotação de ação remete ao direito público subjetivo de ação, expressado de maneira contundente em um dos incisos do art. 5º da CRFB/88, mais precisamente pelo inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, o direito de ação não prescreve, pois se trata de uma garantia fundamental a assegurar direitos individuais e coletivos referentes à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Corresponde, bem assim, à chamada pretensão à tutela jurídica<sup>(6)</sup>, a ser exercitada em face do Estado de Direito. Ou seja, o direito de ação constitucional constitui um direito fundamental, abrangendo todas as garantias para a instalação de um processo devido, com contraditório, juiz natural e ampla defesa.

O sentido processual e o material, portanto, são os que mais interessam à abordagem do instituto prescricional neste momento. Porém, por motivos diferentes. Senão vejamos.

Ação em sua acepção processual corresponde à demanda, ou melhor, ao pedido que será levado a juízo pelo autor em face do réu. A ação processual, destarte, traz ao conhecimento do juiz a pretensão de um credor contra o seu devedor. Por meio da ação judicial, o autor propõe todo um conjunto de elementos a delimitar os objetos do litígio. Vale frisar, todavia, que ação e pretensão não se confundem. A pretensão consiste na demonstração pelo credor de que o seu direito material exigível restou violado pelo inadimplemento do devedor. A demanda, por sua vez, contém a pretensão. A demanda se traduz num ato jurídico que consiste em exercitar, em movimentar, o direito fundamental de ação, trazendo a juízo a pretensão. Contudo, é a pretensão que, nos termos da lei, pode pres-

(5) MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6, p. 135.

(6) MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 7, p. 126.





crever; enquanto a demanda, ou melhor, a ação em sentido processual, jamais prescreve. Veja-se, neste contexto, a redação do art. 189 do CC/2002: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Nesse ponto, é fácil concordar com os ensinamentos do Professor Carlos Roberto Gonçalves quando explica que o codificador albergou o termo “pretensão” para evitar possíveis confusões com o direito público subjetivo de ação<sup>(7)</sup>. Ademais, igualmente, desvia-se o legislador de prováveis enganos interpretativos entre pretensão e o sentido processual de ação. Com o devido respeito, ousa-se divergir do ilustre jurista apenas no que diz respeito à conceituação de pretensão. Para o citado autor, a pretensão seria a “exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”. Contudo, tal definição subordinativa pode causar problemas à diferenciação entre direitos à prestação e direitos potestativos, que não prescrevem e sim decaem.

É preferível, pois, desde já, delimitar, sumariamente, o conceito de pretensão a uma das expressões da *actio romana*, qual seja a exigibilidade de uma prestação inadimplida. Esta sim prescreve; e, por isso, propõe-se a denominação pretensão em sentido estrito para fazer alusão somente à exigibilidade jurídica da pretensão. O termo pretensão – sem a discriminação estrita – estaria abrangendo o próprio direito subjetivo, que, a despeito da prescrição, permanece existente e válido; e, eventualmente, também eficaz.

Há, também, um terceiro sentido à palavra ação o qual corresponde ao direito material que tem o autor de atacar o réu e exigir a sua pretensão; tendo, pois, como premissas a demanda e, antes dela, o direito público

subjetivo de ação, conservando, contudo, a sua autonomia face à superação da teoria civilista de ação. Seria, pois, substancialmente, o próprio direito de crédito do credor, que, quando violado, dará ensejo à pretensão e à posterior demanda em face do devedor. O Professor baiano Fredie Didier Jr.<sup>(8)</sup> é quem exemplifica aduzindo que, ainda hoje, fala-se no direito de reembolso como sinônimo de “ação regressiva”.

A construção até aqui esposada servirá de sustentáculo para a averiguação das mesmas três acepções alusivas à ação, porém, agora, à exceção. Isto é, exceção, como o direito público subjetivo constitucional de apresentar defesa em juízo (art. 5º, XXXV e LV, CRFB/88); de oferecer defesa no processo<sup>(9)</sup>; e, a definição mais importante neste momento: como o direito de obstar o direito material do autor da demanda.

A acepção material ou substancial de exceção consiste, conseqüentemente, em um instituto de direito material, ou seja, num direito. É um direito material que se opõe ao exercício de outro direito sem, no entanto, negar a sua existência ou a sua validade. Isto é, utilizado como meio de defesa em reação ao exercício do direito de outrem, o contradireito é a própria exceção substancial. Trata-se da pretensão jurídica passiva (exclusiva do demandado) de obstar, após a demanda promovida pelo autor, o direito material pretendido pelo demandante ao exigir o cumprimento coercitivo da sua pretensão jurídica ativa. Noutras palavras, o contradireito do demandado, quando alegado, neutraliza a eficácia do direito do demandante. Outra vez, Pontes de Miranda articula e organiza as noções expostas, nos seguintes dizeres: “Não se pode excepcionar quando se quer, e sim

(7) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181-183. v. 1: parte geral.

(8) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p. 175.

(9) FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49.



quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*<sup>(10)</sup>.

O contradireito, isto é, a exceção substancial, pressupõe a existência de um direito adversário. A fim de proporcionar uma ilustração comparativa, pode-se cotejar o contradireito com uma determinada espécie de antídoto, que visa à neutralização de um dado veneno sem, no entanto, negá-lo. A metáfora é precisa, pois, a existência de um veneno no organismo é pressuposto básico para que seja ministrado e ingerido um específico tipo de antídoto. O direito material do autor da demanda – aceitando-se o simbolismo, proposto apenas para reforçar a argumentação – equivaleria ao veneno e a exceção substancial ao seu antídoto.

A exceção de contrato não cumprido, pois, configura um dos exemplos de exceção substancial. O direito do autor não é negado; e sim neutralizado pelo contradireito arguido. Outro exemplo de direito substancial de defesa – e por isso exceção – é o direito de retenção. Nota-se que a exceção substancial não questiona a existência nem a validade do direito do autor – seja material, constitucional ou processual – pleiteado em juízo. É a eficácia da pretensão jurídica do autor que se perde como consequência das exceções substanciais do demandado. E a prescrição, por excelência, conforma uma incisiva manifestação de exceção substancial prevista em nosso ordenamento jurídico.

Neste momento, as premissas levantadas se tornam imprescindíveis à compreensão do instituto prescricional e, igualmente, às posteriores considerações acerca do fenômeno jurídico em destaque. Deve-se, pois, retomá-las de maneira sucinta e direta:

1. A exceção substancial é um instituto de direito material.

(10) MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984. t. 6, p. 24.

2. A exceção substancial é um direito de defesa.

3. A exceção substancial se opõe ao exercício de outro direito.

4. A exceção substancial não nega a existência nem a validade do direito de outrem, mas tem força normativa suficiente para neutralizar a sua incidência e, por conseguinte, a sua eficácia jurídica.

5. A exceção substancial pressupõe a existência e a arguição do direito do adversário em juízo.

Diante das asserções, acima preconizadas, e tendo também como certa a natureza jurídica de exceção substancial do instituto prescricional, resta concluir que, uma vez consumada e arguida a prescrição, o devedor terá o direito material, ou melhor, o contradireito, de não pagar o seu credor porque a pretensão ao crédito estará prescrita. Mas atenção: o crédito é inexistente juridicamente, porque a pretensão está prescrita, mas, ainda assim, esse crédito existe e é válido; e não é sequer negado pela exceção substancial, que tão somente o neutraliza.

Não foi insignificante o esforço dos juristas de gerações e gerações para a formulação das noções que, de maneira singela, sintetizou-se acima em rápidas e abreviadas linhas. O legislador brasileiro, contudo, desprezou toda essa elucubração de ideias, que, longe de se tratar de mera questão teórica ou terminológica, conforma as bases para a diferenciação satisfatória entre prescrição e decadência. Ou, pelo menos, conformava.

Ora, se os contradireitos não deixam de ser também direitos materiais – de defesa –, pergunta-se: admitir-se a pronúncia da prescrição de ofício pelo juiz não seria o mesmo que admitir o exercício judicial de um direito material disponível de uma das partes?

A prescrição conforma um fato jurídico que opera diferentes consequências, dependendo





do ramo do Direito em que atua. Assim, por opção legislativa, e em busca de normas que atendam à segurança jurídica e também à justiça, a prescrição extingue, em âmbito tributário, o próprio crédito tributário e, na seara penal, o próprio direito de punir do Estado. Enquanto nos domínios do direito civil – e trabalhista – a prescrição apenas apaga a eficácia da pretensão em sentido estrito, antes apta a concretizar judicialmente o direito subjetivo violado.

Destarte, é nítida a diferença da pronúncia de ofício da prescrição em âmbito tributário ou penal em relação ao seu reconhecimento oficioso na seara cível e, sobretudo, no âmbito trabalhista. A sentença penal ou tributária que não analisa a prescrição consumada é contrária à justiça, pois confere direito a quem já não mais possui. No direito civil, contudo, a sentença que não verifica a prescrição é justa, aliás, reconhecendo um direito subjetivo existente e válido. E no Direito do Trabalho o reconhecimento da prescrição<sup>(11)</sup> é notadamente injusto enquanto não for regulamentado o inciso I do art. 7º da CRFB/1988<sup>(12)</sup>.

A prescrição civil – e trabalhista – é uma exceção substancial, devendo ser exercida como um meio de defesa, um direito material disponível, um contradireito capaz de impedir a eficácia de outro direito; um corolário da segurança jurídica e uma necessidade à paz pública. Não deve, portanto, ser encarada como uma diretiva intransponível e de tal relevância pública que induza a declaração de ofício pelo juiz. Muito pelo contrário: se a sua

natureza é de exceção e de direito material, o juiz deve fazer valer a justiça e deixar que a própria parte interessada resolva se quer ou não se valer da prescrição.

### **1.1. Espécies de defesa: situando a exceção substancial e reafirmando as suas premissas**

A expressão de inconformidade do réu na demanda promovida pelo autor poderá ser efetivada por meio de diferentes mecanismos de resistência, que podem ser classificados como: defesas de admissibilidade e de mérito; objeções e exceções em sentido estrito; defesas dilatórias e peremptórias; e, por fim, diretas e indiretas. Almeja-se, por ora, situar a exceção substancial dentre as referidas espécies com o intuito de ratificar os seus elementos; e elidir possíveis conflitos de interpretação.

Consoante o entendimento pacífico de doutrina e de jurisprudência, com fundamento nas disposições legais consolidadas, as alegações de incompetência absoluta, conexão, carência de ação e falta de pressuposto processual, por exemplo, almejam a não aferição pelo juiz dos pedidos formulados na petição inicial. Tratam-se, pois, das chamadas defesas de admissibilidade, que, nos termos do art. 301 do CPC, são prioritárias em relação às defesas de mérito.

As defesas de mérito, por seu turno, têm por objetivo impedir o acolhimento do pedido do autor. Destarte, as exceções substanciais, dentre elas a prescrição, são defesas de mérito. Sobretudo porque ao redor do adimplemento das obrigações pessoais – direitos à prestação –, e no âmbito da relação jurídica discutida em juízo, está a pretensão jurídica ativa do credor demandante. E ao reconhecer a prescrição não faz outra coisa o magistrado senão analisar o mérito do ato. O pagamento e a decadência, aliás, também constituem exemplos de defesa de mérito, em que pese não sejam exceções substanciais, uma vez que não só obstam o

(11) CRFB/1988. Art. 7º, XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

(12) CRFB/1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.





direito do autor, mas efetivamente o fulminam. Nesse sentido, a decadência legal e o pagamento podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz, enquanto as exceções substanciais não.

A incompetência absoluta, a carência de ação, a decadência legal e o pagamento configuram hipóteses das denominadas objeções. As objeções, portanto, conformam todas as espécies de defesa que o juiz pode conhecer de ofício, seguindo a lúcida redação do art. 462 do CPC:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

As exceções em sentido estrito, porém, serão aquelas que o juiz não pode conhecer de ofício. Dentre elas podemos situar: a incompetência relativa, a decadência convencional, e todas as exceções substanciais – salvo a prescrição, que, a contar da Lei n. 11.280/2006, deverá ser conhecida de ofício.

As defesas dilatórias, por seu turno, podem ser de admissibilidade, como a incompetência absoluta e a conexão, por exemplo; ou de mérito, como a exceção de contrato não cumprido e o direito de retenção. Terão, todas elas, o objetivo de retardar o acolhimento ou a eficácia da pretensão aduzida pelo autor da demanda. O réu, em suma, ganha tempo.

A prescrição, a decadência, a carência de ação e a convenção de arbitragem, de outro lado, configuram hipóteses de defesa peremptória, pois, a depender da conjectura, exterminam a pretensão do autor naquela demanda ou mesmo o próprio direito subjetivo.

Finalmente, quando o réu se defende sem a alegação de fatos novos, fala-se em defesa direta. Lembre-se, pois, que a defesa direta somente se dará em duas situações fáticas:

1. O réu, em sua defesa, nega a ocorrência dos fatos narrados e suscitados pelo autor; ou melhor, questiona a veracidade dos mesmos.

2. O réu admite a ocorrência dos fatos narrados e dispostos pelo autor da demanda, mas nega as consequências jurídicas que o demandante pretende extrair dos fatos afirmados. Esta segunda conjectura é conhecida como *confissão qualificada*.

Vale, igualmente, rememorar que quando a defesa é direta todo o ônus da prova recai sobre o autor; e, nesse sentido, não será necessária a manifestação do autor sobre os termos da contestação, isto é, a réplica do direito processual civil.

A defesa indireta, enfim, é aquela em que o réu aduz fato novo em juízo, a fim de impedir a análise do pedido do autor (defesa indireta de admissibilidade) ou de obstar o seu acolhimento (defesa indireta de mérito). O ônus da prova, destarte, passa a ser do réu, havendo, por conseguinte, necessidade da réplica processual civil.

Para que melhor seja guardado e organizado o conteúdo, quatro novas premissas podem ser levantadas:

1. A defesa de admissibilidade será sempre uma defesa indireta.

2. A defesa direta é sempre de mérito.

3. Existem, contudo, defesas de mérito que são indiretas: as exceções substanciais!

4. Logo, nem toda defesa de mérito será direta.

Importante, ainda, apenas para evitar mal-entendidos, abrir-se um rápido paralelo para diferenciar a *confissão qualificada* – já mencionada – da chamada *confissão complexa*.

A *confissão qualificada* é indivisível, ou seja, não pode ser cindida. Ocorre quando o réu ratifica a passagem dos fatos descritos pelo autor na peça exordial, porém, nega as





consequências jurídicas enunciadas pelo demandante.

A *confissão complexa*, entretanto, ocorre quando o réu, da mesma forma, reconhece a ocorrência dos fatos narrados pelo autor, trazendo aos autos, contudo, fato novo que impede, modifica ou extingue a pretensão do autor. A *confissão complexa* é cindível, pois se constitui em fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção, consoante às disposições do art. 354, segunda parte, do CPC. Neste contexto, entende-se que quando a defesa do réu for indireta, seja de admissibilidade, seja de mérito, haverá a *confissão complexa* quando os fatos narrados pelo autor não forem contestados quanto à sua ocorrência, aplicando-se, assim, o art. 354 do CPC.

Uma quinta e última premissa, nessa quadra de informações, ainda precisa ser salientada e, por isso, agora ocupará posição de destaque:

5. As exceções substanciais não podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado.

Ora, se a prescrição conforma a mais tradicional das exceções substanciais, como admitir – a despeito de ser instituto milenar de direito material, estruturado, no âmbito civil, a partir do princípio da autonomia privada e, exatamente por este motivo, disponível – que o magistrado reconheça *ex officio* da prescrição sem contrariar todo o sistema jurídico já estruturado em razão deste prisma anterior?

Noutros termos, como absorver e interpretar a alteração legislativa imposta pela redação da Lei n. 11.280/2006, no tocante ao pronunciamento de ofício do juiz acerca da prescrição consumada, em consonância sistemática ao próprio CPC, ao Código Civil e, mais, à Carta Magna de 1988? É possível recorrer à aplicação subsidiária do § 5º do art. 219 do CPC, em seus moldes atuais, no cenário normativo da Justiça do Trabalho?

Ademais, a título de que, ou melhor, sob quais fundamentos jurídicos basear-se-á a não

repetição por parte daquele que receber o pagamento de dívida prescrita de um devedor inadvertido? Poderá ainda arguir os preceitos do art. 882 do CC/2002? Ou será que, como a prescrição já seria de qualquer sorte reconhecida de ofício pelo magistrado em atual ou iminente ação processual, deixaria, também, de existir o alicerce estrutural da primitiva ideia sustentada pelo art. 882? Estaria, a partir da Lei n. 11.280/2006, o próprio direito subjetivo à prestação fulminado pela prescrição consumada? E o que dizer do art. 189 do CC/2002? Como conciliá-lo a tais mudanças processuais? E mais: como harmonizar as disposições do art. 191 do CC/2002, que prevê o direito de renúncia da prescrição por quem dela se beneficia, às palavras do novo § 5º do art. 219 do CPC?

Tais dúvidas e inquietações, notadamente desconfiadas, servirão de guias para a presente pesquisa, procurando iluminar os caminhos mais apropriados às suas devidas respostas, sejam elas agradáveis ou não.

Também na visão desconfiada de um advogado, Calamandrei sintetiza as preocupações de se conferir tamanho poder aos juízes, suficiente, inclusive, para cometer injustiças como a criticada declaração *ex officio* da prescrição:

De fato, o juiz, como o mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do Direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida de sua sentença. (...) O direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que





repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através de sua palavra. O juiz é direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que a lei em abstrato me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã. Por isso, indica-se na *iustitia*, e não simplesmente no *ius*, o verdadeiro *fundamentum regnorum* – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos.<sup>(13)</sup>

As lições trazidas pela doutrina servirão de base fundamental para a nova maneira que será proposta neste estudo para a visualização da pretensão jurídica, ou seja, como um fato jurídico que não se extingue jamais; sequer pela manifestação da prescrição, em que pese reste juridicamente insuficiente no plano da eficácia processual para concretizar o direito material do seu titular. E isso em concomitante homenagem à segurança jurídica e, sobretudo, à justiça.

Verificar-se-á, na sequência, em que consistem as espécies de direito subjetivo com a finalidade de melhor alcançar, a natureza jurídica dos direitos à prestação e dos direitos potestativos; os prazos a que se submetem; e as consequências dos respectivos pronunciamentos de ofício pelo magistrado.

## 2. Dos direitos subjetivos até a pretensão

A ordem jurídica reconhece às pessoas a faculdade de efetivar, de exercer, os direitos que este mesmo ordenamento jurídico prevê e protege. Assim, poderá o titular de direito

subjetivo exigir a sua concretização, defendê-lo de agressões, reivindicar a prestação da tutela jurisdicional dos órgãos estatais e, também, renunciar à efetivação fática de seus direitos subjetivos. A devida compreensão das noções conceituais de direito subjetivo importa, neste momento, notadamente, para a identificação dos problemas que irão surgir quando da manifestação de ofício pelo magistrado da prescrição: instituto excepcional de direito material.

Reconhecer que determinado sujeito de direito é titular de um dado direito subjetivo – que, aliás, dogmaticamente, precisa ser compreendido como um fato jurídico necessariamente posterior à positivação do direito objetivo – provoca a necessária conclusão de que o seu titular possui a faculdade, o poder e a capacidade de fazer valer sua posição jurídica para efetivar os seus legítimos interesses.

A mais recente asserção remete à seguinte indagação: sempre que for constatada a situação de titularidade de um direito subjetivo a alguém, terá este titular a respectiva ação processual destinada a assegurar a concretização do seu direito? De acordo com a análise já exposta, a resposta só pode ser negativa. A despeito de ser ainda possível o exercício do direito público subjetivo de ação por meio da ação processual, esta ação processual proposta nem sempre será suficiente para forçar o cumprimento da obrigação adjacente ao direito subjetivo. O direito subjetivo, para poder ser veiculado de maneira eficaz por meio da ação processual cabível, precisa estar dotado de exigibilidade jurídica, o que, noutros termos, significa estar ligado à pretensão. Poderá, pois, sem dúvida, ser exercitada a atividade jurisdicional, ainda por quem não possua pretensão jurídica. Este exercício do direito de ação processual, todavia, não será capaz de assegurar a concretização do direito subjetivo, simplesmente, por não mais haver presente a exigibilidade jurídica que enseja a pretensão íntegra.

(13) CALAMANDREI. Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 10-12.





Reforçando as ideias, é preciso assentar que o direito subjetivo existe com ou sem pretensão jurídica, mas na sua ausência não poderá ser exigido em juízo por meio da ação processual, que, uma vez intentada, será ineficaz. Aliás, tal situação poderá ocorrer tanto porque o direito subjetivo ainda não é exigível como, também, porque não mais possui pretensão completa em razão da inércia do seu titular somada ao transcurso de um prazo preestabelecido em lei. Melhor dizendo, enquanto a obrigação ainda não é exigível, em virtude, por exemplo, de uma condição ou de um termo, o direito subjetivo já existe e é válido. Isso, todavia, não significa dizer que o credor da obrigação já possui pretensão a ensejar a atuação efetiva da tutela jurisdicional. O importante é perceber que um fato não prejudica nem se confunde com o outro: a pretensão ainda não se faz presente em razão da não implementação, no exemplo em tela, do termo ou da condição de eficácia do negócio jurídico; o direito subjetivo, no entanto, se mantém intacto, pois já percorreu os planos da existência e da validade, somente não sendo, ainda, exigível juridicamente, justamente, por faltar-lhe a integralidade da pretensão.

Como também já mencionado, poderá, igualmente, manifestar-se a hipótese na qual o direito subjetivo é existente, válido e ineficaz, mas não mais pela não implementação do termo ou da condição, e sim pela perda da pretensão em razão da inatividade do titular do direito material violado pelo lapso temporal previsto em lei.

Em ambas as suposições, acima suscitadas, são perceptíveis a existência e a validade do direito subjetivo, que não se confunde com a pretensão, dependendo, porém, da sua integralidade para ser exigível juridicamente. Outrossim, a ação processual intentada nestas circunstâncias será, também, existente e válida, porém ineficaz.

Do direito material não cumprido na data do seu vencimento, portanto, surge pretensão, traduzindo-se num novo *status* para o direito subjetivo do credor: o poder de exigir em juízo que o sujeito passivo da obrigação cumpra aquilo que pactuou, satisfazendo, enfim, o direito violado.

### **2.1. A imprescritibilidade das pretensões: decorrência da manutenção do direito subjetivo**

A pretensão é estruturada e, dessa forma, sustenta-se sobre dois grandes pilares. Sem qualquer deles a pretensão não é capaz de suportar a inconformidade de um devedor inadimplente. O direito material exigível e violado faz surgir pretensão no mundo jurídico. Seus elementos estruturais são exatamente estes: direito material e exigibilidade jurídica. O legislador brasileiro de 2002 firmou, no art. 189 do Digesto Civil, que a prescrição extingue a pretensão, pressupondo, portanto, que, eliminando-se um dos pilares da pretensão – a exigibilidade jurídica do direito material violado – ela própria (pretensão) não conseguiria se sustentar, perdendo o equilíbrio e fulminando-se. Em termos gráficos, poderíamos, nesse prisma, enxergar a pretensão como uma pequena ponte amparada por duas pilastras. Se qualquer delas restar despedaçada a própria ponte sucumbe, destruindo-se como um todo em virtude da ineficiência de um de seus dois pilares de sustentação.

A prescrição, no entanto, e tendo por fundamento as premissas tradicionais do instituto em evidência, não fulmina o crédito, ou melhor, o direito material violado continua existente, válido e, a depender das circunstâncias concretas, será plenamente eficaz. E é precisamente neste ponto que se encaixa a previsão legal do art. 882 do CC/2002 ao aduzir que o pagamento de dívida prescrita ou de obrigação judicialmente inexigível não poderá ser repetido.





Nesta conjuntura, ambiciona-se sustentar a tese segundo a qual, a despeito de a lei material estabelecer que a prescrição extingue a pretensão, somente um dos pilares de sustentação da pretensão é realmente fulminado pela prescrição pronunciada. Destarte, somente a exigibilidade jurídica resta prejudicada pela arguição da prescrição em juízo, pois o direito material violado preencherá, ainda, as qualidades de um fato jurídico existente, válido e, eventualmente, eficaz – como na hipótese, já levantada, de pagamento de obrigação natural.

A visualização gráfica mais adequada, sob este prisma – homenageando, aliás, um dos principais símbolos representativos do Direito – traduzir-se-ia numa espécie de balança a representar o equilíbrio da pretensão jurídica. Numa das pontas desta balança estará situada a exigibilidade jurídica do direito material violado, servindo à segurança jurídica e à paz pública. Na outra extremidade do aparelho estará o próprio direito material violado, ainda existente e válido, representando os deveres morais e a própria ideia de justiça. A eficácia jurídica do direito material violado, por certo, restará fragilizada com a concretização e a posterior arguição do instituto prescricional. Afinal, a exigibilidade jurídica da demanda processual indiretamente se perde com o transcurso do prazo previsto em lei, somado à inércia do titular do crédito. Todavia, ocorrendo o adimplemento tardio da obrigação prescrita e, portanto, inexigível, a eficácia jurídica do direito material existente e válido permanecerá intacta; e gozará, igualmente, da tutela jurídica do Estado para resguardar os seus legítimos efeitos.

A pretensão, portanto, não é completamente extinta com a manifestação da prescrição consumada. A sua eficiência prática, porém, restará prejudicada com a prescrição concretizada e arguida porque um dos lados da balança passará a estar mais leve, mas de maneira alguma vazio. Onde havia o

peso respeitável e coercitivo da exigibilidade jurídica (pretensão em sentido estrito) passa a haver tão somente um dever moral, que não conta com o aparato jurisdicional para a sua tutela. A segurança jurídica, nesse sentido, permite que um obrigado, diante da inércia contumaz de seu legítimo credor, afaste-se do cumprimento de uma obrigação que, por virtude de justiça pura, deveria efetivamente cumprir. Se, no entanto, ainda assim, ocorrer o pagamento desta obrigação natural, a segurança jurídica voltará a abraçar e a proteger os liames da justiça e da moral.

Tal perspectiva pretende, assim, conciliar os valores supremos segurança jurídica e justiça, pois, ao mesmo tempo em que aceita a ineficácia jurídica das pretensões sem exigibilidade, desde que arguida pelo devedor interessado em não pagar aquilo que realmente deve, encontra base de argumentação para fundamentar a não repetição do pagamento de obrigação natural.

Consolidando o entendimento segundo o qual a pretensão possui duas esferas que, em equilíbrio, sustentam a exigibilidade jurídica do direito subjetivo, volta-se à premissa básica segundo a qual os direitos civis não prescrevem, de modo que o direito material violado, enquanto parte integrante de um todo que é a pretensão em sentido amplo, não pode prescrever. Enfim, a prescrição atua especialmente sobre a pretensão em sentido estrito, ou seja, sobre a exigibilidade jurídica da demanda. O direito material não cumprido, como parte integrante da própria pretensão, porém, permanecerá vivo; esperando do devedor uma atitude moralmente voltada à ideia de justiça: a efetivar o pagamento, que, uma vez realizado, será plenamente eficaz e irretroatável.

Noutras palavras, mas no mesmo sentido, Pontes de Miranda<sup>(14)</sup> já adotava postura

(14) MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984. t. 6, § 662, n. 9, p. 106.





divergente em relação às atuais e literais disposições do art. 189 do CC/2002, sustentando que a prescrição tão somente encobre a eficácia da pretensão, sem, no entanto, extingui-la.

Após a reforma trazida pela Lei n. 11.280/2006, as questões relativas aos objetos e aos efeitos da prescrição e da decadência voltaram à evidência e ao destaque a ensejar a atenção da comunidade jurídica. A prescrição reconhecida de ofício induz os questionamentos acerca da natureza jurídica do instituto, da quebra ao princípio do contraditório, da imparcialidade e, até mesmo, da hipótese já descartada de que o próprio direito subjetivo sucumbiria com a aludida pronúncia de ofício.

A verdade é que esta alteração processual, com repercussão num instituto de direito material, foi afoita e desapareceu que o regime jurídico da prescrição está totalmente comprometido com a ideia de disponibilidade e inegotabilidade dos direitos a uma prestação. O Critério Científico, elaborado por Agnelo Amorim Filho, servirá neste ensaio para provar a incoerência sistêmica da postura do magistrado na eventual declaração de ofício da prescrição.

## **2.2. As espécies de ação processual e o critério científico para a distinção entre prescrição e decadência**

De acordo com a exposição até aqui perquirida, a concretização da prescrição pressupõe a incidência fática de algumas circunstâncias prévias. Assim, a existência de um direito material a uma prestação, a violação deste mesmo direito decorrente do vínculo obrigacional, o posterior nascimento de uma pretensão e a inércia do seu titular, durante o prazo legal fixado, para o exercício desta pretensão, configuram as condições propícias à manifestação da prescrição a salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas.

Nesta senda, não se pode prescindir de uma sucinta diferenciação entre os chamados direitos a uma prestação e os direitos formativos, ou potestativos, pois conformam, respectivamente, os fundamentos para a utilização de ações condenatórias ou constitutivas a depender, é claro, dos objetivos da lide.

Câmara Leal afirmava ser a distinção entre a prescrição e a decadência uma das mais árduas questões relativas à parte geral do direito civil; e são também dele as próximas palavras:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição.<sup>(15)</sup>

O critério escolhido por Câmara Leal foi elogiado em virtude do seu prestígio pragmático, porém criticado pela frágil estrutura científica. Nesse sentido, Agnelo Amorim Filho<sup>(16)</sup> procurou estabelecer e prefixar as origens causais para a distinção entre os direitos subjetivos, que, para serem exercitados, viriam a estar vinculados a prazos prescricionais ou decadenciais. Assim, tomando emprestada a caracterização de direitos subjetivos desenvolvida na Europa por Chiovenda, o docente do estado da Paraíba

(15) LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 1. ed. p. 133.

(16) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.





consagrou o célebre Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e, por consequência, identificar as “ações imprescritíveis”<sup>(17)</sup>.

Para os propósitos deste ensaio, o importante é perceber que as ações condenatórias estarão, sempre indiretamente, ligadas a prazos prescricionais porque adjacentes ao exercício de direitos a uma prestação que não foram cumpridos espontaneamente. Ou seja, a pretensão – que nasce a partir do inadimplemento de uma prestação vencida – prescreve e, desse modo, a respectiva ação condenatória perderá também a sua finalidade precípua, que é a capacidade de o Estado-Juiz forçar o cumprimento da obrigação pactuada. Esse quadro evidencia que, em se tratando de direitos a uma prestação, o credor não prescinde de um comportamento voluntário do seu devedor para que a obrigação seja cumprida, ainda que tardiamente. Poderá o credor, porém, enquanto não prescrita a pretensão, reivindicar a atuação estatal para exigir o cumprimento da prestação devida. Por meio da jurisdição, portanto, o Estado-Juiz substitui a vontade do obrigado e, o próprio Estado, ou terceiro contratado para tanto, realiza a obrigação à custa do devedor.

De outro lado, estarão situados, na classificação de Chiovenda<sup>(18)</sup>, os direitos potestativos, que dispensam qualquer comportamento da pessoa ou das pessoas que sofrerão os efeitos do seu exercício. Noutros termos, o titular de um direito formativo exerce este direito e, assim, cria, modifica ou extingue

uma determinada relação jurídica, sem que os demais integrantes da relação nada possam fazer, senão se subjugar ao chamado estado de sujeição. Conclui-se, destarte, não haver a possibilidade de ocorrer lesão a tais direitos potestativos, pois não há prestação e, por conseguinte, não havendo o nascimento da pretensão, igualmente, não há prescrição. E sim a possibilidade de haver prazo decadencial, que atinge e fulmina o próprio direito subjetivo do titular deste direito formativo.

Os direitos à prestação, ainda que vencidos e exigíveis, não prescindem de um comportamento voluntário do devedor da obrigação, o que não acontece quando estamos diante de direitos potestativos, que, por sua vez, caracterizam-se por serem dotados do chamado estado de sujeição. A decadência faz extinguir o próprio direito, pois não há qualquer direito a uma prestação. Assim, como do direito subjetivo potestativo não pode resultar a lesão do inadimplemento, igualmente, não decorrerá pretensão alguma. Portanto, resta claro que a intranquilidade social que justifica a decadência não poderia ser contida senão pela extinção do próprio direito formativo.

Em sede de direitos a uma prestação não se pode afirmar o mesmo. Veja-se, nessa linha, a admirável lição de Amorim Filho, que primeiro trata dos efeitos da decadência e, em seguida, focaliza nas impressões da prescrição:

(...) o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação. Essa também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito.

O mesmo fato não é observado com referência à outra categoria de direitos (os “direitos a uma prestação”): a lei não fixa – e nem tem motivos para fixar – prazo para o exercício de nenhum deles. Com relação a esses direitos, os prazos que existem, fixados em lei, são tão somente para o exercício das pretensões que deles se

(17) O próprio Amorim Filho utiliza a expressão “ações imprescritíveis” entre aspas, pois reconhece a imprecisão do termo. Afinal, as ações (condenatórias) somente são atingidas indiretamente pela prescrição; e, ademais, as ações constitutivas também não estão sujeitas a quaisquer prazos prescricionais, sequer indiretamente, sobretudo, porque adjacentes à concretização dos direitos potestativos que possuem prazo legal para o seu exercício.

(18) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998. v. 1, p. 35.





irradiam. Assim, o decurso do prazo sem exercício da pretensão, implica no encobrimento da eficácia dessa (**desde que o interessado ofereça a exceção de prescrição**) e não na extinção do direito que ela protege, pois – repita-se – em face dos denominados “direitos a uma prestação”, a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício.<sup>(19)</sup> (grifos nossos)

Aqui, há a nítida possibilidade de lesão aos direitos pelo não cumprimento da obrigação vencida. E, nesse sentido, o que perturba a paz social e a estabilidade das relações jurídicas não é a existência do direito subjetivo à prestação, e sim a eficácia da pretensão em sentido estrito. A ação e a pretensão não se confundem com o direito subjetivo, embora sirvam como meio para a sua efetivação jurisdicional. Ademais, ainda que atingidas pela prescrição (a pretensão de modo direto e a ação condenatória de forma indireta), o direito subjetivo subsistirá intacto e sem jamais ter atentado contra a segurança jurídica.

Desta conjuntura, infere-se a ausência de sentido jurídico para a manifestação de ofício da prescrição civil, e menos ainda na seara trabalhista; afinal, a só manutenção do direito subjetivo à prestação não ofende a segurança jurídica e, sobretudo, privilegia a justiça.

### 3. Prescrição de ofício: do direito até a diretiva

As exceções substanciais, em regra, não podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, sob pena de estar o juiz exercitando o direito material de uma das partes em face de outra; e prejudicando a imparcialidade que sustenta a triangulação da relação jurídica

(19) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

processual. No entanto, esta regra, desde o Código Civil de 2002, vem sendo excepcionada em sucessivas ondas de retificação legislativa.

Destarte, o legislador de 2002 autorizava no art. 194 do Digesto Civil o reconhecimento da prescrição *ex officio* quando em benefício de incapaz. Dois anos mais tarde, a Lei n. 6.830/1980 foi reescrita para, em seu art. 40, § 4º, perfilhar o pronunciamento de ofício da prescrição intercorrente pelo juiz quando, da decisão que ordenar o arquivamento, tiver transcorrido o prazo prescricional. Dois anos mais tarde, noutra reforma processual, a Lei n. 11.280/2006 foi de um extremo ao outro, revogando-se o art. 194 do CC/2002 pelas novas disposições do § 5º do art. 219 do CPC: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

O Código Civil de 1916, vale lembrar, em seu art. 166, previa que “o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes”. Desse modo, até a vigência do novo Código de 2002, que se deu em 2003, o juiz poderia conhecer de ofício a prescrição de direitos não patrimoniais. No mesmo sentido, preconizava a redação antiga do art. 219, § 5º, do CPC: “Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”.

Ocorre, porém, que os direitos não patrimoniais (vida, liberdade, nome etc.) nunca tiveram prazos prescricionais! Ademais, há também direitos não patrimoniais que são potestativos e, como já explicitado, submetem-se a prazos decadenciais, e não prescricionais. Os direitos pessoais, isto é, obrigacionais, conferem ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação a contar do seu vencimento. Destarte, a prescrição será sempre alusiva a direitos patrimoniais<sup>(20)</sup>.

(20) THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 42.





A exceção milenar<sup>(21)</sup>, pois, como atualmente se vislumbra no ordenamento reformado, nada mais possui de excepcional. Sai da esfera dos direitos materiais de defesa do réu – exceção – e ingressa no terreno das diretivas genéricas a serem pronunciadas *ex officio* pelo magistrado – objeção. Pela análise fria da letra legal, outrossim, responder-se-ia a pergunta matriz da presente obra afirmando que a prescrição não mais se constitui num direito material disponível do demandado – contradireito – que poderia, inclusive, ser renunciado. Agora, a prescrição teria assumido natureza jurídica de direito público<sup>(22)</sup> e, de exceção, passou a ser regra, diretiva, que deve, por conseguinte, ser reconhecida pelo juiz, em qualquer situação, mesmo sem a provocação do interessado.

Neste sentido, a título ilustrativo, a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o pronunciamento *ex officio* da prescrição de pretensões adjacentes a direitos patrimoniais:

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.280/2006. SENTENÇA ANTERIOR E ACÓRDÃO POSTERIOR. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. Inexiste a alegada negativa de jurisdição se o Colegiado de origem apreciou a controvérsia de modo integral, sólido e adequado, apenas não adotando a tese que a recorrente pretendia

ver prevalente. 2. Sendo a sentença anterior e o acórdão proferido em embargos de declaração posterior à Lei n. 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, **é viável o conhecimento, de ofício, da prescrição de direito patrimonial.** Precedentes. 3. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, consoante a dicção da Súmula n. 150/STF. 4. “Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação” (REsp 543.559/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.2.2005). 5. Recurso especial não provido. (STJ – REsp 1.072.882 – SP – Proc. 2008/0148531-6 – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJ 12.12.2008) (grifos nossos)

Na mesma linha, admitindo a possibilidade da manifestação de ofício da prescrição, a seguinte ementa relatada pela Ministra Laurita Vaz:

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. DIREITO PATRIMONIAL. ART. 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA LEI N. 11.280/2006, QUE ENTROU EM VIGOR EM 16 DE MAIO DE 2006. PRESCRIÇÃO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. ART. 193 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Com a publicação da Lei n. 11.280, de 17.2.2006, que entrou em vigor em 16.5.2006, foi conferida nova redação ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, afastando, para o reconhecimento *ex officio* da prescrição, a restrição atinente aos direitos patrimoniais. Precedentes. 2. Na hipótese em apreço, como a sentença

(21) THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 54.

(22) GÓES, Gisele. A prescrição e a Lei n. 11.280/2006. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 119-130.





de primeiro grau foi proferida após a vigência da mencionada Lei, **não há nenhum óbice ao pronunciamento da prescrição, de ofício**, pelo Tribunal *a quo*. 3. Tendo a parte Recorrida alegado a matéria relativa à prescrição nas contrarrazões ao recurso de apelação, aplica-se o disposto no art. 193 do Código Civil. Precedentes. 4. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 968365 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz) (grifos nossos)

A alteração processual debatida, porém, não se coaduna com os preceitos de direito material esculpido no Código Civil; e não alterados pela reforma. E é partindo desta premissa que se ousa afirmar que a prescrição ainda tem natureza jurídica de exceção substancial disponível, não configurando, igualmente, questão de ordem pública a ensejar a declaração de ofício pelo juiz. A argumentação no sentido de rebater as disposições do § 5º do art. 219 do CPC, com a devida vênia aos seus defensores, é robusta e pode ser desdobrada em diversas facetas de considerável representação lógica. Destarte, não bastassem os vários exemplos trazidos e dispostos pelo direito comparado, o nosso próprio ordenamento jurídico se mostra arredo à reforma por comportar antinomias de difícil transposição legítima.

O Código Civil de Portugal, em seu art. 303, prevê que “o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público”. Na Itália, o Código Civil, em seu art. 2.938, veda de maneira expressa a pronúncia de ofício da prescrição não arguida pelo interessado. Da mesma forma, os ordenamentos da Suíça e da França, respectivamente em seus arts. 142 e 2.223, proíbem o magistrado de suprir de ofício a manifestação acerca da prescrição. A mesma redação é disciplinada pelo Código Civil

argentino no art. 3.964. Diante da conjuntura apresentada, teria o legislador brasileiro descoberto uma razão inovadora para contrariar a tendência da comunidade jurídica internacional e disciplinar a prescrição como matéria de direito público indisponível a partir de uma regra processual? Ou seria esta apenas mais uma reforma descabeçada e inócua por não atentar às disposições de direito material incompatíveis com a prescrição declarada de ofício?<sup>(23)</sup>

Para arrematar a discussão, serão evidenciadas algumas das mais profundas inquietações concernentes à celeuma em tela na tentativa de se compatibilizar e combinar os seguintes dispositivos:

1. A regra do CPC que aduz ser o indeferimento da petição inicial uma das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso I) com as regras, do mesmo Digesto Processual, previstas nos arts. 269, inciso IV, e 295, inciso IV. A análise conjunta destes dispositivos evidencia a falta de sincronia do sistema processual, gerando confusão hermenêutica e insegurança jurídica.
2. A regra contida no art. 940 do CC/2002 cotejada com a do § 5º do art. 219 do CPC. Assim, demonstra-se que nem sempre a pronúncia de ofício da prescrição estará efetivamente beneficiando o demandado, pois poderá haver o interesse na demonstração de que o débito já foi devidamente adimplido.
3. As regras de direito material dos arts. 191 e 882 do CC/2002 aferidas em conexão às disposições do art. 219, § 5º, do CPC. Destarte, corrobora-se a necessidade de sistematização do regime jurídico da prescrição

(23) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)> Acesso em: 1º.6.2009.





civil, até então, integralmente pautado na disponibilidade de arguição da prescrição.

4. Os preceitos constitucionais previstos nos arts. 5º, inciso XXXII, 7º, 230 e 231, todos da Constituição Federal de 1988, igualmente, atrelados ao art. 219, § 5º, do CPC. Enfatizando-se, contudo, as implicações da prescrição de ofício no âmbito do Direito Processual do Trabalho em face das suas estreitas ligações – em caráter subsidiário – com o Processo Civil.

5. E, finalmente, procura-se conectar as disposições dos arts. 112, parágrafo único, e 114, ambos do CPC, à regra, do mesmo Digesto Processual, que autoriza e pretende que o magistrado reconheça de ofício a prescrição (art. 219, § 5º). Esta última vinculação de normas é trazida com o intuito de demonstrar que este pronunciamento automático e oficioso – de acordo com este estudo, inadmissível em âmbito de direitos disponíveis – uma vez admitido, não encontrará, todavia, guarida hermenêutica para poder se concretizar a qualquer tempo. E isso, conclui-se, por meio do sistemático uso da analogia.

Haveria espaço para a admissão da pronúncia de ofício da prescrição civil sem que se ofenda a conservação da autonomia privada, do princípio da cooperação, da imparcialidade, do contraditório e da própria justiça? É salutar ter em mente uma das sábias perguntas do profeta de Khalil Gibran<sup>(24)</sup>, num de seus diálogos com o povo de Orfalese: “podeis abafar o tambor e podeis afrouxar as cordas a lira, mas quem vai ordenar que a cotovia não cante?”. O Direito é operado por homens e, por consequência, está sujeito a erros e a correções. A Lei n. 11.280/2006 é falha. Mas a norma, em seu estado ideal de concretização justa, transcende e subjuga a vontade de uma lei humana incompatível com

(24) GIBRAN, Khalil. *O profeta*. Porto Alegre: L&PM, 2006. p. 61.

o sistema jurídico que a sustenta; e o dever de justiça não pode ser abafado: nem por homens, nem por leis.

### Considerações finais

As contradições quanto ao tratamento da prescrição em nosso sistema começam a ser desvendadas a partir da análise do inciso I do art. 267 do CPC, que, ao abrir o capítulo referente à extinção do processo, assevera: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando o juiz indeferir a petição inicial”. As palavras são claras e a frase concisa não deixa margem para quaisquer dúvidas; sequer para a leitura de leigos. O operador do Direito, pois, naturalmente – e já consciente de que o indeferimento da petição inicial fulmina o processo sem que se examine o mérito da lide – encaminhar-se-á ao exame dos dispositivos legais a tratar do indeferimento da petição inicial, deparando-se, por conseguinte, com a redação do inciso IV do art. 295: “A petição inicial será indeferida quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição”. A inevitável e convicta conclusão de um operante mais afobado e desavisado será no seguinte sentido: então, quando o juiz indeferir liminarmente a petição inicial, ainda que por prescrição ou decadência, estará sempre extinguindo o processo sem a resolução do mérito. Este mesmo operador inexperiente, no entanto, entrará em choque quando descobrir que o art. 269, inciso IV, conduz à interpretação diametralmente oposta: “Haverá resolução de mérito quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”. (!)

A despeito da agressão sistemática, acima disposta, é preciso ressaltar que a decisão que indefere liminarmente a petição inicial, e encerra o processo em virtude do reconhecimento da prescrição ou da decadência, outra coisa não faz senão analisar o mérito da demanda, conformando-se, destarte, em coisa julgada material. Em princípio, assim, conclui-





-se que o reconhecimento de ofício da prescrição será quase sempre favorável ao demandado na ação processual. Há uma situação, porém, em que o réu poderá ter interesse na demonstração de que já adimpliu a prestação a qual estava obrigado primitivamente. O art. 940 do CC/2002 esclarece:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, **salvo se houver prescrição.** (grifos nossos)

Ora, a ressalva, devidamente destacada no teor do texto legal, no que concerne à verificação da prescrição, reforça, inclusive, a ideia, já sustentada neste trabalho, segundo a qual a prescrição não fulmina por completo a pretensão, mas tão somente a exigibilidade jurídica, que, conceitua-se como pretensão em sentido estrito. Isso porque se, em razão da prescrição da pretensão em sentido estrito (exigibilidade jurídica), a obrigação não é cumprida, ainda assim, o débito subsiste intacto. Por isso, para esta hipótese (prescrição), não se aplica o preceito do art. 940 do CC/2002. Mas se, noutra circunstância, a prestação do devedor demandado foi adimplida e, não obstante, o seu primitivo credor vem pleitear judicialmente aquela prestação, já cumprida, aí sim, a incidência do dispositivo em tela deverá ocorrer, pois não há mais direito a prestação alguma.

Neste contexto, aquele que for indevidamente demandado por uma prestação que já cumpriu poderá ter o interesse de tentar provar que não é um mau devedor, pois o alegado crédito não mais existe. Assim, poderá discutir a dobra legal em vez de se contentar com o mero encerramento do processo por prescrição. Aliás, prescrição esta que será declarada de ofício! Mas e quanto à possibilidade de renúncia?

A disponibilidade é, por excelência, um atributo adjacente ao direito. Desse modo, a não ser que seja constatada uma situação jurídica que mereça tutela reforçada – como é o caso do trabalhador – a faculdade de exercer ou não um determinado direito deverá ser respeitada. O art. 191 do Código Civil brasileiro, nesse sentido, estabelece que:

A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Todo o regime jurídico da prescrição é estruturado sobre a noção de disponibilidade. É justamente nessa conjuntura que o revogado art. 194 do CC/2002 autorizava o reconhecimento de ofício em favor de incapaz: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. É claro: os absolutamente incapazes não podem renunciar; ou seja, não são capazes de dispor de seus direitos.

São profícuas as lições de Fredie Didier Jr. quando certifica que:

Não é porque o juiz pode conhecer de ofício, que a prescrição torna-se direito (exceção substancial) indisponível. Também, por tudo isso, ainda vige, plenamente, a regra que veda o pedido de repetição do que se pagou para solver dívida prescrita. (...) É lícito concluir, portanto, que o sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição consumada. (...) A alteração legislativa seria aceitável se o sistema das obrigações no direito privado também fosse alterado, o que não aconteceu.<sup>(25)</sup>

É pertinente, ademais, a citação do Enunciado n. 295 da 4ª Jornada de Direito Civil:

---

(25) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009. p.454.



Enunciado n. 295. Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

Todavia, ainda resta a questão de como deverá atuar o magistrado para possibilitar a renúncia à prescrição por parte do demandado na ação processual? Só resta uma resposta sensata e plausível: antes de pronunciar de ofício a prescrição, o juiz deve intimar o devedor para que se manifeste sobre a prescrição à luz do princípio da cooperação. Da mesma forma, o credor também deve ser intimado para que tente provar que o prazo prescricional ainda não se consumou, foi suspenso ou mesmo interrompido.

É medida de respeito às partes e aos advogados. Seguindo o princípio da cooperação, pois, é recomendável que o juiz, estando em curso o processo, antes de pronunciar de ofício a prescrição, conceda prazo ao credor (para demonstrar que prescrição não há) e ao devedor (para que, querendo, exerça a faculdade de renúncia).

Quanto à utilização subsidiária da famigerada inovação legislativa ao Processo do Trabalho é ainda mais certa a ausência de permissão normativa para qualquer interpretação coerente e suficiente a conciliar o amparo aos hipossuficientes e a concomitante declaração *ex officio* da prescrição: a obstar a eficácia de seus legítimos interesses. Interesses, aliás, de caráter alimentar e indisponível, como bem salientou o Ministro Aloysio Veiga em precedente paradigma:

**RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. ART. 219, § 5º, DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. DESPROVIMENTO.** A prescrição é a perda da pretensão pela inércia do titular no prazo que a lei considera ideal

para o exercício do direito de ação. Não se mostra compatível com o processo do trabalho, a nova regra processual inserida no art. 219, § 5º, do CPC, que determina a aplicação da prescrição, de ofício, em face da natureza alimentar dos créditos trabalhistas. Ao contrário da decadência, onde a ordem pública está a antever a estabilidade das relações jurídicas no lapso temporal, a prescrição tem a mesma finalidade de estabilidade apenas que entre as partes. Deste modo, necessário que a prescrição seja arguida pela parte a quem a aproveita. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-404/2006-028-03-00.6, 6ª Turma, DJ de 28.3.2006).

Por derradeiro, face à estreita vinculação aos princípios de proteção adjacentes ao Direito do Trabalho e, antes dele, sob a forma de isonomia material, ao próprio Direito Constitucional, verifica-se que o disparate dessa aplicação subsidiária é gritante e, com a simples leitura dos arts. 8º, parágrafo único, e 769, ambos da CLT<sup>(26)</sup>, dispensam-se novos comentários.

E, correlata à hipótese de renúncia da prescrição consumada, ainda cabe uma última anotação importante no que concerne à admissibilidade da pronúncia de ofício da prescrição de pretensões alusivas a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei

(26) CLT – Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

CLT – Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.





n. 11.280/2006. Enfatize-se e reitere-se, todavia, que esta obra defende justamente o contrário: a inaplicabilidade da pronúncia de ofício de tais pretensões adjacentes a direitos disponíveis. Esta última explanação, pois, destina-se àqueles que defendem a pronúncia oficiosa da prescrição ligada à pretensão de direitos disponíveis. Trata-se, portanto, da oportunidade em que o magistrado poderá pronunciar a prescrição de ofício.

A preocupação em tela se evidencia pela conceituação do que se entende por legitimação extraordinária, que, em breves termos, significa estar alguém autorizado por lei a defender, em nome próprio, direito alheio. Ora, a despeito de qualquer contenda doutrinária ou jurisprudencial quanto à pertinência ou não da prescrição ser declarada de ofício, jamais alguém prudentemente poderia admitir que o juiz estivesse extraordinariamente legitimado a tutelar o direito material disponível de uma das partes litigantes. Esta situação é notoriamente inconcebível. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que o juiz somente poderá se pronunciar de ofício acerca da prescrição consumada de pretensões alusivas a direitos patrimoniais disponíveis até o oferecimento da resposta do demandado na ação processual. Depois da resposta do réu somente ele próprio poderá invocar a ineficácia da pretensão em sentido estrito em virtude da prescrição consumada, sob pena de flagrante quebra da imparcialidade do juiz.

Enfim, também referente à oportunidade de o magistrado pronunciar a prescrição de ofício, reforçam-se as noções recém aduzidas, a partir de interpretação analógica, realçando as disposições dos arts. 112, parágrafo único, e 114, do CPC, que, respectivamente, estabelecem:

Art. 112. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão,

pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta lei, ou o réu não opuser exceção declinatoria nos casos e prazos legais.

Conclui-se, destarte, que se o réu da demanda, depois de citado, não reage ao vício do foro contratual abusivo, igualmente, não mais caberá a atuação de ofício do magistrado para tanto. A norma em tela almeja proteger o demandado, assim como a pronúncia de ofício da prescrição, em princípio, também. A autonomia privada, porém, não resta subjugada por tais normas de proteção ao demandado, que, em sua resposta, tem o direito de optar pela utilização, ou não, de seus preceitos; não podendo, ou quanto menos devendo, o juiz interferir nesta decisão privada e particular.

A prescrição é um mal necessário, pois momentaneamente permite que um verdadeiro devedor se afaste da justiça em prol da estabilidade e da segurança das relações jurídicas. Contudo, em princípio, é mister fundamental do Direito e, outrossim, do Poder Judiciário, enquanto intérprete e aplicador da norma, fazer convergir estabilidade e justiça.

## Referências bibliográficas

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)> Acesso em: 1º.6.2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998.



CUNHA, Sérgio Sérvula da. *Dicionário compacto do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIBRAN, Khalil. *O profeta*. Porto Alegre: L&PM, 2006.

GÓES, Gisele. A prescrição e a Lei n. 11.280/2006. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: parte geral,

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



# Psicologia do acordo judicial trabalhista

Graziella Ambrosio<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ A negociação modifica profundamente a forma de se lidar com as disputas. Esse novo paradigma atinge a todos os operadores do Direito, principalmente os advogados cuja atuação deixa de ter foco na defesa de teses jurídicas para estar voltada à criação de propostas criativas e mutuamente vantajosas para a solução dos conflitos. Além dos advogados que devem passar a ter uma postura colaborativa no ambiente judicial, o acordo também afeta psicologicamente as partes. Assim, um bom negociador deve descobrir os verdadeiros interesses que motivam um processo judicial (ódio, vingança, necessidades financeiras, sentimento de justiça etc.) e que estão ocultos na postura das partes. Uma técnica eficaz é permitir que a parte fale, experimentando um alívio emocional, que lhe permitirá analisar, de forma racional e lógica, as vantagens da formalização de um acordo. As características das partes interferem na negociação, assim como o relacionamento prévio havido entre ambas. O ambiente social em que o conflito ocorre tem importância, na medida em que nosso país não tem a tradição de resolução cooperativa de conflitos. O negociador deve estimular a confiança entre as partes, fazendo-as crer em um verdadeiro interesse mútuo de bem-estar e na prestação recíproca em responder positivamente às necessidades de cada um.

## Palavras-chave

- ▶ Psicologia jurídica – acordo judicial – negociação – Justiça do Trabalho.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. Aspectos psicológicos do advogado na negociação
- ▶ 2. A postura esperada do advogado na negociação
- ▶ 3. Aspectos psicológicos da parte na negociação
- ▶ Considerações finais
- ▶ Referências bibliográficas

(\*) Formada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestranda em Direito das Relações Sociais, Subárea Direito do Trabalho, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

(PUC/SP). Supervisora Jurídica da Área Trabalhista do Serviço Jurídico do Banco do Brasil S.A. em São Paulo.



## Introdução

Qualquer manual sobre técnicas de negociação traz uma relação dos itens que devem ser observados por um bom negociador, tais como, preparação prévia, coleta de informações, conhecimento do assunto, boa comunicação, verificação dos interesses de ambas as partes, geração de opções de ganhos mútuos, definição da margem de negociação, separação das pessoas dos problemas, capacidade de ouvir a outra parte, busca de um acordo que satisfaça os dois lados, estabelecimento de critérios objetivos para o acordo, superação dos impasses e das frustrações que possam ocorrer, negociação apropriada ao estilo do outro, controle e avaliação<sup>(1)</sup>. Sem dúvida, todos esses fatores são importantes para a negociação, mas há situações em que, mesmo eles estando presentes, o conflito não é solucionado pelo acordo entre as partes. Essa intrigante questão é objeto do presente artigo que pretende apontar alguns aspectos psicológicos das partes e de seus advogados considerados cruciais para o sucesso de um acordo judicial.

### 1. Aspectos psicológicos do advogado na negociação

Por meio de uma rápida olhada nos programas dos cursos de Direito já é possível concluir que os profissionais dessa área não são preparados para a conciliação. Com poucas exceções, os estudantes de Direito passam longos cinco anos aprendendo técnicas processuais para ganhar de seu opositor. Esse direcionamento acadêmico faz com que o advogado encare a negociação, ainda que por um processo inconsciente, como uma forma de derrota. E nenhum advogado gosta de perder. Por isso, é muito comum, em uma audiência de conciliação, o

advogado pressionar ao máximo a parte contrária e ceder o mínimo possível, pois sua lógica é pensar a negociação em termos de ganhar e perder, no sentido de que quanto mais um ganha, mais o outro perde.

Essa deficiência acadêmica influi diretamente no sucesso da negociação, sobretudo porque a parte confia em seu advogado. Durante uma negociação, quando o advogado abandona o diálogo de aproximação e inicia um debate acalorado em defesa do seu cliente, a parte se sente insegura para a formalização de um acordo. Quer-se com isso demonstrar que, por mais habilidoso que seja o Juiz do Trabalho no papel de conciliador, a postura do advogado em favor da negociação é fundamental para a criação de um ambiente de colaboração entre os litigantes que favoreça o acordo judicial. Se o advogado não se convencer de que o acordo é o melhor caminho para o seu cliente, este sozinho dificilmente se convencerá disso.

Assim, o acordo judicial afeta psicologicamente, não apenas a parte, mas principalmente o advogado que o associa ao desempenho de sua carreira profissional. Vale destacar que a profissão de advogado ocupa posição de destaque em nossa sociedade e, embora os chamados métodos autocompositivos de solução de conflitos não objetivem a exclusão do modelo jurídico tradicional, estes acabam exigindo uma nova postura em juízo dos advogados que, em momento algum, desprestigiam sua representação social. No entanto, o acordo judicial representa um verdadeiro desafio psicológico para os advogados que envolve processos, na sua maioria, inconscientes, decorrentes do ambiente acadêmico em que esses profissionais foram preparados. Por isso, muitas vezes é preferível ao advogado transferir a responsabilidade pela decisão do litígio a um terceiro imparcial (deslocamento; projeção) do que assumir a culpa pela formalização de um acordo que previu ganhos

(1) SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. *Técnicas de negociação para advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.





mútuos para ambas as partes, diga-se, para o seu adversário também.

O erro mais comum do advogado, durante a negociação, é tentar convencer a parte contrária de que sua proposta é a mais correta. Trata-se de uma necessidade quase fisiológica do advogado que demonstra seu despreparo para o processo compositivo. Essa postura decorre da confusão que esses profissionais fazem da atuação esperada em um processo judicial, como na elaboração de uma petição inicial, defesa ou recurso, da conduta desejada em uma negociação. Esta exige uma postura de colaboração entre as partes e advogados envolvidos, o que não ocorre no curso de um litígio judicial. No decorrer de um processo, os advogados não estão dispostos a colaborar com a parte contrária e contemplar suas necessidades, por isso, o êxito de uma negociação depende da compreensão desses profissionais de que o acordo demanda outras estratégias de condutas que podem ser satisfatórias para seus clientes e representar excelente atuação profissional.

Pode-se afirmar que a defesa de teses jurídicas pelos advogados em juízo acaba por se transformar em um *processo automático*<sup>(2)</sup> que ocorre fora do conhecimento consciente, exigindo pouca ou nenhuma intenção. No início da negociação, os advogados demonstram uma postura colaborativa, mas a atenção voltada à resolução alternativa do conflito logo se transmuta em um processo automático de solução judicial do litígio. A causa de tal conduta consiste na automatização das práticas forenses típicas do advogado, decorrente do legítimo interesse em demonstrar efetivo serviço no processo judicial. Assim, o acordo judicial depende da visualização, pelo advogado, de *valor* no seu trabalho desenvolvido para a concretização de um acordo em juízo, sobretudo se considerado que o ajuste

(2) STERNBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000. p. 83.

entre as partes deve ser benéfico para seu cliente em particular.

É indispensável, portanto, que o advogado tenha a consciência de que a conciliação exige o desenvolvimento de outras habilidades que vão mais além daquelas empregadas para a defesa do texto legal, principalmente a percepção de que o ímpeto de vitória processual não deve contaminar as opções das partes com vistas à composição. O processo de negociação altera profundamente a forma como o advogado lida com o conflito e este profissional deve estar preparado para atuar nessa nova dinâmica com equilíbrio emocional e foco no resultado satisfatório para seu cliente.

Em outras palavras, o advogado deve ter a habilidade de conter o espírito de competição que o impulsiona para a vitória processual, para ceder à capacidade de ouvir a parte contrária, respeitar seu ponto de vista e comunicar-se de forma pacífica sem perder de vista os reais interesses de seu cliente, criando e flexibilizando, sempre que necessário, opções que atendam às necessidades individuais em jogo<sup>(3)</sup>. Esse profissional deve ter em mente que a sua postura contribuirá decisivamente para o estabelecimento de um clima emocional entre os litigantes favorável ao acordo. Nesse sentido, José Osmir Fiorelli e Rosana C. R. Mangini escrevem que se os advogados “empregarem argumentos e táticas voltadas para a provocação, o acirramento do conflito, o aprofundamento do ódio, isso se refletirá no estado de espírito das partes e comprometerá, ainda mais, o relacionamento entre elas”<sup>(4)</sup>.

A compreensão desse aspecto psicológico dos advogados envolvidos em uma negociação é importante não apenas para a conscientização desses profissionais e das instituições de

(3) FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

(4) *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 382.





ensino superior de todo o país, como também para a orientação dos Juizes do Trabalho que devem adotar uma postura para a superação dessa barreira a fim de se realizar o acordo em juízo. Afinal, por mais que o Juiz do Trabalho se esforce, são as próprias partes, auxiliadas por seus respectivos advogados, que buscarão livremente uma solução alternativa para o conflito.

## 2. A postura esperada do advogado na negociação

Um novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve voltado à resolução alternativa das disputas. Essa nova sistemática atinge, além de magistrados, todos os operadores do Direito cujas atividades se voltam, não à defesa de teses jurídicas, mais à atuação cooperativa focada no gerenciamento do conflito de forma mais eficiente. O advogado passa a ser visto como um pacificador que busca soluções mais eficazes, céleres e mutuamente vantajosas para os litigantes. Assim, fica patente a necessidade de se formar advogados com habilidade em negociação diante do fenômeno atual de abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas para a solução dos conflitos.

Assim, os advogados devem receber uma preparação adequada para a atuação no procedimento negocial, sendo capazes de estimular seus clientes a chegarem a um acordo como solução mais econômica e vantajosa para todos. Devem criar opções de ganhos mútuos baseadas em padrões justos e objetivos, o que exige uma nova postura desses profissionais acostumados a discursos acalorados e manobras processuais em defesa dos interesses de seus clientes. O cenário jurídico atual espera um novo profissional do Direito com capacidade de ampliar a atuação tradicional da advocacia e propor soluções criativas para os conflitos.

É fundamental que o advogado tenha controle do próprio comportamento durante

o processo de negociação para não romper com a parte contrária ou ceder a ataques, intimidações, truques ou manipulações, como também para fornecer suporte emocional a seu cliente. O advogado deve desenvolver a capacidade de respeitar o ponto de vista da parte contrária, mesmo que não concorde com ele. O controle emocional do advogado é fundamental para ouvir a outra parte (chamada *escuta ativa*<sup>(5)</sup>) que aliviará as emoções e analisará seus argumentos sem provocações.

O advogado deve fazer o oposto do que se sente tentado a fazer: em vez de rejeitar a posição da parte contrária e partir para a defesa de sua tese jurídica aplicável ao caso, deve respeitá-la e apresentar uma alternativa criativa que satisfaça aos interesses de ambas as partes. A outra parte deve ser estimulada pelo advogado a responder o motivo de eventuais recusas e obstáculos à formalização do acordo. Com isso, os interesses da parte adversária são revelados e o advogado poderá apresentar nova proposta com a retomada do diálogo. Essa empatia a ser desenvolvida pelo advogado intitula-se *rapport* que pode ser entendido como o estabelecimento de confiança, harmonia e cooperação em uma relação.

Uma boa estratégia é o advogado ter a habilidade de engajar seu opositor na solução do problema. Isso é possível à medida que o patrono solicita ideias do adversário à concretização da proposta. Algo que parece fútil pode significar muito para uma parte. Às vezes, um simples *pedido de desculpas* da empresa pode ser infalível para o início das tratativas entre as partes para colocar fim ao litígio. Esse recurso é muito importante na negociação trabalhista em que, via de regra, o trabalhador se sente oprimido e ameaçado pelo poder econômico do empregador. Agindo o advogado dessa forma, o trabalhador

---

(5) MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 149.



terá a certeza de que suas necessidades estão inseridas na proposta e, assim, ele passa a se considerar como autor do acordo e não mero receptor da oferta empresarial.

Por fim, se apesar de todos os esforços enviados, a parte contrária se recusar ao acordo, ainda assim o advogado deve manter o controle de suas ações e não ceder à reação natural de abandonar a negociação e entrar no jogo de poder. Deve o patrono esclarecer o adversário das consequências da não formalização do acordo, sem, contudo, fazer ameaças. Deve, também, perguntar constantemente o porquê da não formalização do acordo para que as resistências ocultas sejam reveladas. O mais correto, assim, é continuar na estratégia de desarmar emocionalmente o oponente para desestimular ataques e criar um ambiente favorável à colaboração mútua com vistas à resolução do conflito. A principal questão é não impor o acordo à parte contrária, mas fazê-la se sentir covitória na negociação.

### **3. Aspectos psicológicos da parte na negociação**

Vistos os entraves psicológicos que podem afetar o advogado em um processo de negociação, cumpra-nos analisar aqueles diretamente relacionados às partes e que talvez possam ser os maiores empecilhos à formalização de um acordo judicial.

Muitos são os sentimentos que motivam um processo judicial: ódio, vingança, necessidades financeiras, sentimento de justiça, desejo de desculpas etc. Sobretudo na Justiça do Trabalho, em que os créditos pleiteados estão relacionados à própria sobrevivência humana, os sentimentos que animam os autores são intensos e urgentes. Além disso, nessa Justiça especializada são discutidas questões relacionadas ao papel profissional do indivíduo, muito valorizado numa sociedade capitalista como a nossa. Não raras vezes

ouvimos as partes dizerem que recorreram à via judicial não tanto pelos valores envolvidos, mas principalmente pela satisfação pessoal em ver a parte contrária condenada pela autoridade suprema. O juiz representa o poder de determinar o comportamento das outras pessoas, poder esse que a parte não possui, embora o desejasse. Assim, o Poder Judiciário é o caminho socialmente aceito de que a parte dispõe para fazer valer suas intenções às quais não pode concretizar com as próprias mãos.

Tais questões emocionais tentam se fazer ocultas na postura das partes e no profissionalismo de seus patronos, mas são esses verdadeiros interesses dos litigantes que devem ser levados em consideração no processo de negociação. As partes se intimidam na presença do Juiz, ou mesmo da parte adversária, no entanto, os mesmos sentimentos iniciais que impulsionaram a propositura da ação e a elaboração da defesa permanecem inalterados, cabendo ao bom negociador desvendá-los para que surja o interesse na concretização do acordo judicial.

Em regra, o empregador é aquele que visa a perder o mínimo possível em juízo. Em contrapartida, há empregados preocupados apenas com os efeitos pecuniários de sua ação trabalhista, enquanto outros não se importam tanto com os valores envolvidos em juízo, mas sim com a punição do empregador ou de seu preposto por meio de uma sentença proferida pelo Estado-Juiz, pois o dano psicológico a que entendem ter sofrido na relação de trabalho é mais relevante do que qualquer indenização. Para os primeiros empregados, o que importa mesmo em uma negociação é o valor oferecido pela empresa e, neste caso, o parcelamento do pagamento pode ser uma boa opção que viabilize o acordo em juízo. O valor do acordo não poderá estar tão distante da proposta oferecida pelo empregado, no entanto, cabe o Juiz do Trabalho afastar qualquer ilusão do empregado em receber valores altos, superestimados por seu advogado e distantes da



realidade fática do processo à luz da legislação vigente. O tempo do processo pode ser um importante argumento estimulador do acordo, pois, em regra, nesses casos, o empregado tem pressa em receber o dinheiro para aplicá-lo em outros projetos de interesse pessoal (compra de um bem, pagamento de uma dívida etc).

Para o empregado magoado com a empresa, o acordo pode ser um pouco mais difícil, mas não impossível. Nesses casos, podem ser identificados, basicamente, dois tipos de empregados: aqueles que sofreram lesão física decorrente da prestação de serviços (acidente do trabalho) e aqueles que possuem o sentimento de não terem recebido o devido reconhecimento pessoal/profissional pela empresa. Para esses empregados, o valor da condenação é mais uma forma de amenizar o sentimento de injustiça, revolta, ressentimento, ódio, que têm dentro de si. A sentença funciona como uma espécie de chancela às suas emoções, como se o Estado-Juiz estivesse dando razão à visão e às palavras do empregado perante si mesmo, sua família e a comunidade.

O mais importante, nesses processos que envolvem alta carga emocional, é dar a oportunidade ao empregado para que ele exteriorize seus sentimentos. Falar perante pessoas realmente interessadas em sua fala é muito relevante para o empregado que, após essa exteriorização emocional, terá condições de avaliar com mais racionalidade uma proposta de acordo. O advogado da empresa deverá apenas ouvir o empregado, estando atento para *concordar com aquilo que for possível*<sup>(6)</sup>, evitando o acirramento do conflito entre as partes. O desarmamento emocional funciona como um fator surpresa, devendo ser feito o oposto do que o adversário espera. O advogado também não deverá permitir que

(6) FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

seu cliente (empregador) faça críticas à fala do empregado, assim como não deverá autorizar o patrono do autor a emendar seu discurso com argumentos acalorados.

Nessas situações, é crucial o estabelecimento de um ambiente amistoso para ambas as partes, principalmente para o empregado que deve ter a possibilidade de evocar e reviver os acontecimentos passados aos quais se encontra ligado o afeto (carga emocional) e, com isso, obter a exteriorização afetiva ou alívio emocional. Reconstruindo os acontecimentos originais da relação de trabalho (situações estressantes, perseguições, acidente do trabalho etc.), o empregado poderá exteriorizar a carga emocional que se encontra a eles vinculada e, assim, ter a possibilidade de avaliar, pelo raciocínio lógico, uma proposta de acordo que atenda aos seus interesses. A *punição judicial* da empresa é muito importante para esse empregado, mas o encurtamento do sofrimento com um acordo também pode ser bem atrativo ao trabalhador.

Conquanto a descarga afetiva seja importante para o processo de negociação, essa técnica deve ser aplicada com limites, principalmente porque a realidade é um fenômeno subjetivo, ou seja, a percepção da realidade exterior é deformada pelas *tendências afetivas de cada pessoa*<sup>(7)</sup>. É cediço que nem sempre a realidade efetiva dos fatos guarda relação direta com a realidade psíquica das partes. Um mesmo fato pode gerar diferentes interpretações, pois cada indivíduo possui uma visão particular de mundo. O que a mente percebe e retém dos acontecimentos depende de fatores internos (aparelho sensorio de cada pessoa, conteúdos emocionais preexistentes no indivíduo) e externos (contexto social e cultural). Esses fatores se combinam para formar a realidade psíquica de cada pessoa. Por isso, é perfeitamente possível que a parte acione o Poder Judiciário para a resolução de

(7) LÓPEZ, Emilio Mira y. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida, 2009. p. 144.





uma situação completamente divorciada da verdadeira realidade dos fatos. No entanto, o objeto da negociação não é a busca da verdade ou defesa de teses jurídicas, mas sim a formalização de um acordo que coloque fim ao litígio. O controle da percepção da parte pelo negociador evita que se aumente o tamanho das questões disputadas e que o conflito tome um caminho destrutivo.

Cabe destacar que o método psicanalítico se utiliza da análise das *parapraxias* (nome técnico do lapso ou ato falho) que “refletem algum processamento inconsciente que tem significância psicológica, indicando, muitas vezes, emoções reprimidas”<sup>(8)</sup>. Como a psicanálise é absolutamente determinista, não acreditando no acaso, na distração, esses fenômenos, na verdade, exprimem as intenções inconscientes, substitutos de ideias reprimidas. Trata-se de um processo inconsciente que denota que o pensamento difere da linguagem verbal concretamente utilizada pelo litigante. Assim, eventuais trocas de fala ou lapsos verbais têm uma importância inegável para a negociação, pois o negociador, identificando essas *parapraxias*, pode desvendar os sentimentos encobertos no discurso da parte.

O negociador deve estar constantemente atento à fala da parte, neutralizando-a sempre que preciso para corrigir distorções acentuadas da realidade, com o objetivo não apenas de estimular o litigante ao raciocínio lógico, como também evitar que a parte contrária vivencie o fenômeno da *habituação*<sup>(9)</sup> que consiste na gradual diminuição da observação e da atenção sobre um determinado estímulo. Em outras palavras, é evitar que a fala da parte que experimenta o alívio emocional se torne enfadonha a ponto de desestimular a parte contrária na busca por uma solução amigável do impasse.

(8) STERNBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000. p. 295.

(9) *Ibidem*, p. 88.

Talvez uma das questões mais difíceis de ser transposta nesses processos em que o acordo se apresenta mais complicado seja o mecanismo de defesa psicológica da parte de *transferência da culpa*<sup>(10)</sup>. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o litigante transfere a culpa pelo sucesso ou não de sua demanda a outra pessoa a quem compete decidir a causa (Juiz) ou trabalhar para a procedência do pleito (advogado). No acordo, ao contrário, é a própria parte que decide sua sorte e essa decisão pode ser extremamente assustadora para algumas pessoas. A solução está no fornecimento de informações sobre os riscos de uma demanda judicial, bem como das vantagens de um acordo em juízo. Além disso, o negociador deverá substituir emoções negativas das partes (revolta, desprezo, raiva) por emoções positivas (despreocupação, tranquilidade, solução de impasses, paz interior).

Cabe ressaltar que algumas pessoas têm grande dificuldade em expressar seus sentimentos. Quanto a estas, fica mais difícil descobrir os reais interesses que se escondem atrás de uma ação judicial. Apesar disso, o advogado deve estimular a comunicação e manter o equilíbrio na mesa de negociação, evitando que uma parte monopolize a fala. Obviamente, diferenças de personalidade interferem na negociação, mas o bom negociador deve insistir para que interesses ocultos das partes venham à tona, promovendo, se necessário, a ressignificação emocional daquele conflito que permitirá o oferecimento de propostas com benefícios mútuos e o conhecimento das consequências para ambas as partes de não se chegar a um acordo.

Uma técnica bastante eficaz para a negociação é a habilidade do negociador em, retirando os ataques de ordem pessoal contidos nos discursos das partes, rerepresentar os mesmos argumentos expostos pelo litigante

(10) FIORELLI, José Osmir, MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 381.





de maneira que cada parte tenha a condição de se colocar no lugar da outra, perceber seus sentimentos e interesses e, assim, ofertar propostas mutuamente vantajosas. Dado que cada lado de um conflito tende a ver seus próprios motivos e comportamentos como mais legítimos que os do outro lado, a percepção distorcida do que seria um compromisso justo torna o acordo mais difícil de ser alcançado<sup>(11)</sup>. Essa técnica de *reversão de papéis* diminui a oposição de interesses ou crenças e também evita que uma parte apresente uma proposta de acordo risível que pode ofender profundamente a parte contrária, estimulando-a a adotar uma postura defensiva de aguardar a decisão judicial.

As características das partes (valores, motivações, aspirações, objetivos, recursos físicos, intelectuais e sociais, crenças, expectativas) interferem diretamente no conflito, pois determinam o que elas irão considerar como ganho ou perda, assim como afetam a percepção do outro. Um exemplo de como a personalidade e os recursos pessoais podem influenciar um acordo é o caso do trabalhador aposentado. Se este trabalhador desfrutar de sua aposentadoria de forma razoavelmente confortável, com proventos satisfatórios, casa própria e filhos criados, dificilmente aceitará um acordo, pois não necessita de um pronto adiantamento financeiro para completar seu patrimônio ou satisfazer a necessidades imediatas. Salvo se tiver uma personalidade voltada à cooperação e sentimento de gratidão à empresa, hipótese em que esse trabalhador aposentado aceitará um acordo para não prolongar aborrecimentos. Situação diferente é a daquele trabalhador jovem, em início de carreira e com filhos pequenos, para quem um aporte financeiro imediato será de grande utilidade. Este trabalhador aceitará mais facilmente um acordo judicial, salvo se tiver aspirações altas e sentimento de competição.

(11) MESSA, Alcione Aparecida. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

Da mesma forma, o relacionamento anterior havido entre as partes atua na construção da visão e das expectativas sobre o outro. Em relações de trabalho que se desenvolveram de forma conflituosa, existe a tendência que essa combatividade seja levada à negociação. Assim também um empregado que perdeu a confiança na benevolência das intenções do empregador dificilmente conseguirá chegar a um acordo cuja efetivação necessite lealdade mútua. Além disso, o ambiente social em que o conflito ocorre tem importância, na medida em que nosso país não tem a tradição de resolução cooperativa de conflitos. Assim, a solução alternativa de conflitos não faz parte do ambiente social em que o trabalhador está inserido fazendo com que ele tenha uma atitude suspeitosa e hostil para com a resolução pacífica da disputa, e isso aumenta a disposição para tirar proveito das necessidades do outro e responder negativamente aos seus pedidos.

Em razão de todos esses fatores, a negociação trabalhista acaba caracterizando-se por um processo competitivo marcado pela escassez de comunicação e que estimula o sentimento de completa oposição. É comum os trabalhadores formularem estereótipos da empresa como: “essa empresa é desonesta”, “não respeita os direitos dos trabalhadores”. Isso estimula a visão de que a solução do conflito trabalhista pode apenas ser uma imposição do mais forte sobre o mais fraco por meio de sua superioridade econômica, fraude ou esperteza. A combinação de fatores com o ímpeto de vencer a disputa judicial do advogado associado à falta de confiança do trabalhador nas informações prestadas pela empresa, estimula a construção de uma imagem distorcida do outro e favorece o deslocamento do foco na questão imediata em disputa para o conflito sobre o poder de se impor as preferências de um sobre o outro.

A comunicação aberta, honesta e livre de distorções pode eliminar mal-entendidos





e estimular no trabalhador um sentimento de confiança para com a empresa, fazendo-o crer em um verdadeiro interesse empresarial em seu bem-estar e uma presteza em responder positivamente às suas necessidades. Somente assim poderão ser oferecidas propostas com ganhos mútuos e formalizado um acordo com vitórias para ambos os lados.

### Considerações finais

Em razão de sua formação acadêmica, o advogado, durante o processo de negociação, tende a se apegar a uma posição e ceder o mínimo possível, interpretando qualquer atitude de colaboração como vitória do seu opositor. Sua percepção é a de que um bom acordo é aquele que reflete a posição defendida por seu cliente. Inconscientemente, a negociação pode representar uma forma de derrota para o advogado. Esse aspecto psicológico do advogado é de extrema importância, pois dificilmente a parte se convencerá sozinha de que o acordo é o melhor caminho a ser seguido.

A atuação tradicional da advocacia está tão arraigada nos profissionais dessa área que a defesa de teses jurídicas em juízo chega a ser um processo automático que escapa do conhecimento consciente dos advogados. Portanto, é comum os advogados confundirem a atuação que lhes é esperada num processo judicial, com a postura apropriada a uma negociação. Esta altera a forma como o advogado lida com o conflito, pois uma boa negociação exige que esse profissional contenha seu espírito de competição para adotar uma postura colaborativa com a resolução alternativa da disputa. A negociação exige que o advogado saiba diferenciar aquilo que, de fato, é importante em cada aspecto de sua atuação, tendo a sensibilidade de perceber rapidamente que a postura adotada não está sendo adequada aos resultados que deseja.

Os advogados devem estimular seus clientes à negociação, criando opções de ganhos

mútuos baseadas em critérios justos e objetivos. Para tanto, devem ter controle do próprio comportamento, não cedendo a provocações da parte contrária. Cabe ao advogado desarmar a parte contrária, ou seja, fazer exatamente o contrário do que é esperado por seu adversário: ao invés de ataques, assumir uma postura de reconhecimento do problema de seu opositor por meio da escuta de seu ponto de vista e da concordância com aquilo que for possível. Esse domínio emocional permitirá aos advogados ouvir a parte contrária e descobrir seus verdadeiros interesses, possibilitando o oferecimento de variadas opções de acordos mutuamente vantajosas.

Uma estratégia bastante eficaz à negociação é o advogado envolver a parte contrária na solução problema. Quando ideias da outra parte são incorporadas à proposta, esta tem o sentimento de que sua fala é ouvida e suas necessidades são atendidas, considerando-se autora do acordo. O psiquismo humano é surpreendente e, às vezes, uma questão aparentemente fútil tem grande importância emocional para o indivíduo que a considera primordial para a formalização do acordo.

Além disso, outros fatores psicológicos relacionados às partes devem ser considerados para ajudar na formalização de um acordo. Diversos são os sentimentos que se ocultam em um processo judicial, tais como, vingança, ódio, necessidades financeiras, sentimento de desprezo, falta de reconhecimento profissional ou pessoal, mágoa, sentimento de justiça, dentre outros. O bom negociador deve desvendar esses sentimentos para que as propostas de acordo atinjam diretamente os interesses das partes envolvidas.

Para aqueles processos judiciais que envolvem alta carga emocional (morte, acidente do trabalho, assédio moral, assédio sexual, discriminação, violação da intimidade etc.), é indicado permitir à parte falar sobre os acontecimentos para experimentar o alívio

emocional. Enquanto as emoções não forem desativadas, os argumentos não serão compreendidos de forma racional. Após essa descarga emocional, a parte se sentirá desarmada, evitará ataques à outra e terá condições de avaliar, de forma lógica, as propostas de acordo. Durante a fala da parte, as críticas da parte contrária devem ser evitadas, mas as distorções acentuadas da realidade deverão ser neutralizadas pelo negociador. A realidade é um fenômeno subjetivo e o controle dessa percepção é importante para evitar que o conflito tome um caminho destrutivo.

Os ataques de ordem pessoal contidos na fala das partes deverão ser reprimidos, mas os argumentos, isentos de críticas, poderão ser utilizados em novo discurso com a finalidade de eliminação de eventuais percepções distorcidas de ambas as partes. A personalidade da parte interfere na negociação (cooperação, gratidão, competição, elevadas aspirações etc.), assim como também tem influência o relacionamento anterior entre as partes e o ambiente social em que o conflito está inserido. Conquanto não tenhamos a tradição na resolução alternativa de conflitos, uma comunicação aberta, livre e honesta entre as partes, auxiliadas por advogados imbuídos do espírito colaborativo, pode estimular a busca por uma solução mais econômica e eficaz para o conflito.

### Referências bibliográficas

ATKINSON, R. L.; ATKINSON, C. A.; SMITH, E. E.; BEM, D. J.; NOLEN-HOEKSEMA, S.

*Introdução à psicologia de Hilgard*. 13. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.

DAVIDOFF, L.L. *Introdução à psicologia*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Makron, 2001.

FIORELLI, José Osmir. Psicologia aplicada ao direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, Campo Grande, n. 15, p. 55-73, 2010.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GERRIG, R. J.; ZIMBARDO, P. G. *A psicologia e a vida*. 16. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2005.

LÓPEZ, Emílio Mira y. *Manual de psicologia jurídica*. São Paulo: Vida, 2009.

MESSA, Alcione Aparecida. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

ROVINSKI, Sônia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (orgs.). *Psicologia jurídica*. Perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. *Técnicas de negociação para advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STEMBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.



# A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo

Gabriel Freitas Maciel Garcia de Carvalho<sup>(\*)</sup>

## Resumo

- ▶ O presente trabalho tem como objetivo a investigação da aplicabilidade da multa sancionatória da litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo quando a conduta maliciosa seja por eles engendrada. Parte-se da interpretação atualmente conferida ao instituto pela doutrina e pela jurisprudência, buscando-se definir seus fundamentos e sua teleologia. Posteriormente, empreende-se estudo sobre a vigente concepção do processo, como instrumento público de atuação da Jurisdição, passando-se ao exame da obrigação processual de agir com lealdade e ao dever do Estado de atuar com rigor na preservação da ética no espaço público de discussão e aplicação do direito, já que tanto mais legítimo será o sistema quanto mais confiável for o provimento jurisdicional construído em contraditório. Por fim, busca-se demonstrar que inexistem impedimentos legais à punição dos procuradores das partes, nos próprios autos do processo em que ocorreu a conduta desleal, não passando os obstáculos entrevistados de uma interpretação conservadora do instituto. Assim, conclui-se que as sanções, para bem desempenhar sua função pedagógica de prevenção da má-fé, devem ser dirigidas contra o agente real da atuação maliciosa, aquele que age com culpa, disso dependendo a preservação da legitimidade Estatal na resolução definitiva dos conflitos.

## Palavras-chave

- ▶ Direito – processo civil – dever de lealdade – obrigação processual – litigância de má-fé – advogados.

## Abstract:

- ▶ The goal of this study is to investigate the applicability of the bad faith litigation fine on lawyers when the malicious behavior is caused by them. It starts with the analysis of the legal institute based on the interpretation now given to it by the doctrine and jurisprudence, attempting to define its foundations and its teleology. Subsequently, it proposes the study of the current process conception as a public instrument of jurisdiction action, by considering the procedural obligation to act with loyalty and the duty of the State to act strictly in the

(\*) Bacharel em Direito (UFMG); Especialista em Direito Processual Civil (PUC-MG); Assessor Judiciário (TJMG). Artigo defendido no programa de pós-graduação da PUC/MG em junho de 2011.



preservation of ethics in public space discussion and application of law, since the more legitimate will be the system the more reliable is the decision built in contradictory. Finally, it is shown that there are no legal impediments to the lawyers punishment in the same procedural in which the unfair conduct occurred and that the obstacles of this punishment is due to a conservative interpretation of the legal institute. Thus, we conclude that the sanctions, to perform its educational finality of bad faith prevention, must be directed against the real agent of the malicious action, the one who acts with guilt, depending on that the preservation of the State legitimacy in the conflicts final settlement.

## Índice dos Temas:

- ▶ Introdução
- ▶ 1. A litigância de má-fé
- ▶ 2. O dever do Estado de garantir a lealdade no processo
- ▶ 3. Litigância de má-fé e a atuação do procurador
- ▶ Conclusão
- ▶ Referências

## Introdução

Este trabalho pretende, por meio do estudo do instituto da litigância de má-fé e dos pressupostos e consequências da aplicação de suas sanções de acordo com a abrangência que se lhe confere, analisar a possibilidade e a necessidade da aplicação da multa por má-fé processual aos advogados. Objetiva-se ampliar a eficácia do instituto, de acordo com os fins a que se propõe, e, conseqüentemente, conferir maior efetividade ao direito material, fim e razão de existência do processo.

Parte-se da verificação das razões de ser do repúdio às práticas de deslealdade processual e das sanções que buscam coibir a atuação ímproba, com o fim de diagnosticar o potencial grau de sua eficácia de acordo com o âmbito de aplicabilidade que é hoje reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência às sanções previstas no art. 18 do Código de Processo Civil (CPC) e em outros dispositivos esparsos.

Posteriormente, faz-se necessário o estudo do processo como instrumento de atuação da jurisdição e, assim, da lealdade processual como questão de ordem pública a ser tutelada pelo Estado, de modo a garantir que a solução definitiva dos conflitos que lhe são submetidos seja aquela

que melhor efetive o ordenamento jurídico que o sustenta, o que o legitima como tal.

Por fim, propõe-se o aprofundamento na realidade processual, pela identificação de hipóteses de condutas de má-fé imputáveis exclusivamente aos advogados atuantes no processo, o que permitirá verificar a eficácia da abrangência limitada das sanções previstas no CPC, de acordo com o fim estatal de promover a justiça e preservar a legitimidade do monopólio da jurisdição.

A partir de considerações doutrinárias e do cotejo com casos já reconhecidos pela jurisprudência como justificadores da sanção aos advogados, propor-se-á a extensão da interpretação atualmente conferida ao instituto, para que passe a responsabilizar os reais agentes da deslealdade processual, como forma de potencializar o grau de realização dos seus objetivos.

Como lembra Stoco (2002):

Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns nos outros, como sonhou Giuseppe Bettiol, e incutir-lhes um comportamento ético será a única saída para solucionar a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio para a solução





dos conflitos de forma rápida, eficiente, garantidora e absolutamente satisfatória. (STOCO, 2002, p. 45).

A doutrina trata a aplicação de multas por litigância de má-fé de modo uniforme. Não há grandes obras dedicadas ao tema, já que é geralmente comentado em manuais de processo civil.

Dentre os que se dedicaram de modo mais aprofundado à questão, e, em particular, trataram da (im)possibilidade de responsabilização de advogados dentro do próprio processo, destaca-se Stoco (2002), cujo posicionamento é no sentido de que “o procurador das partes em juízo (defensor ou advogado) não responde pessoalmente por má-fé processual” (STOCO, 2002, p. 92). Em sentido contrário, há autores que defendem a necessidade de alteração legislativa para que se possa avançar na aplicação das penalidades, como por exemplo, Leão (1986).

Observa-se que o tratamento dado pela doutrina é bastante conservador e legalista, evitando, na maioria das vezes, a crítica, que pode ensejar um aprofundamento da discussão.

A partir da concepção de obrigação processual (OCHOA MONZÓ, 1997, p. 35), buscar-se-á, por meio de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, demonstrar os caminhos para a efetiva utilização do instituto.

## 1. A litigância de má-fé

A exigência de que a lide se desenvolva baseada na ética e na verdade é princípio consagrado no direito processual, ainda quando não se encontra positivado, já que se trata de ordem mais elevada do que o próprio direito positivo.

O repúdio e a repressão às práticas de deslealdade processual são uma constante em todos os Códigos de Processo Civil dos países mais civilizados, conforme Stoco (2002). A imposição de que a tutela jurisdicional se construa sobre premissas idôneas e seguras é consequência da necessidade de preservação do direito – e do Estado que ele sustenta –, o

que se dá pela sua aplicação da forma mais efetiva possível.

Stoco (2002) ensina que, no Brasil, o ordenamento jurídico coíbe a improbidade processual desde o tempo do império, havendo, posteriormente, o CPC de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939) traçando regras em torno do princípio da probidade e vedado o “abuso do direito de demandar”.

A má-fé processual nasce da atuação maliciosa do litigante em juízo, em ofensa ao dever de lealdade, que atualmente se encontra positivado no art. 14 do CPC<sup>(1)</sup>. Referido dispositivo legal estabelece parâmetros de conduta processual dirigidos a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” e orientados pela verdade e pela boa-fé, com vistas ao desenvolvimento processual imune a obstáculos e empecilhos criados maliciosamente.

Nalini (1997) ensina que “(...) a lealdade é o nome da boa-fé. É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza apenas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade com o dever de realizar o justo, com a pacificação social, com a harmonização” (NALINI, 1997, p. 16).

O dever de lealdade no processo é classificado por Ochoa Monzó (1997) como pertencente à categoria das obrigações processuais, tratando-se, no seu entender, de uma regra de conduta humana, de comportamento leal, não malicioso nem temerário.

As obrigações, ou deveres, processuais, se diferenciam dos ônus na medida em que estes representam a oportunidade de praticar determinado ato com o propósito de evitar um resultado desfavorável, enquanto aquelas

(1) “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-fé; III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.” (BRASIL, 1973).



“podem ser definidas como as prestações de dar, fazer ou não fazer impostas às partes ou a terceiros dentro do processo cuja inobservância acarreta uma sanção jurídica”<sup>(2)</sup> (OCHOA MONZÓ, 1997, p. 35). Como se vê, ao contrário do que ocorre com relação aos ônus, a ideia de sanção é ínsita à de obrigação processual, pois se trata de mecanismo que garante a observância das normas. Segundo Costa (2005), “a obrigação processual existe, então, juridicamente, enquanto o seu [des]cumprimento for sancionado ou através da pena, ou por execução forçada” (COSTA, 2005, p. 192).

Os arts. 17 e 18 do CPC estatuem, respectivamente, hipóteses configuradoras de má-fé processual e sanções aplicáveis quando da ocorrência de qualquer delas. Suas redações são as seguintes:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 1973)

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta

(2) “pueden ser definidas como las prestaciones de dar, hacer o no hacer impuestas a las partes o a terceros dentro del proceso cuya inobservancia lleva aneja una sanción jurídica.” (OCHOA MONZÓ, 1997, p. 35, tradução livre).

sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (BRASIL, 1973).

Como se observa do rol de condutas tipificadas (art. 17 do CPC), exige-se das pessoas em juízo que as manifestações perante ele tenham conteúdo lícito, ético e de boa-fé. Como lembra Stoco (2002), “não se permite que sob o manto da lisura e da legalidade, a manifestação traga a intenção do propósito de locupletar-se, beneficiar-se ou de dificultar, retardar e prejudicar” (STOCO, 2002, p. 87).

O art. 18 do CPC dispõe sobre as sanções aplicáveis ao litigante de má-fé, prevendo a possibilidade de aplicação de multa e de condenação ao pagamento de indenização à parte contrária pelos prejuízos que tenha sofrido em razão da atuação ímproba.

Além de tais normas, dispositivos esparsos preveem condutas de deslealdade processual também passíveis de sanção, tais como os arts. 129, 233, 273, 538 557, § 2º, 600 e 811, todos do CPC. Segundo Dinamarco (2009):

A realidade do processo é a de um combate para o qual a lei municia as partes de certas armas legítimas e de uso legítimo, mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas. Como em todo combate ou jogo, há regras preestabelecidas a serem observadas (...). O Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultivar a ética no processo, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade per-





mitida e impõe severas sanções à deslealdade (DINAMARCO, 2009, p. 265).

A teleologia do instituto se funda na necessidade de orientar a conduta das partes no sentido de se chegar à solução mais próxima possível da justiça do caso concreto. As sanções previstas na lei têm a função precípua de resguardar a dignidade do Poder Judiciário como agente do monopólio estatal da jurisdição. Paralelamente, possuem função pedagógica, no sentido de inculcar nas partes o valor da lealdade processual, servindo assim à prevenção da deslealdade e à recomposição resultante da mesma deslealdade. Tais finalidades devem orientar o processo interpretativo e de aplicação das sanções, sendo de suma importância na tese que se exporá mais adiante.

A função preventiva da sanção se expressa por meio da repressão à conduta maliciosa. Tanto a imposição de multa, de até 1% sobre o valor da causa, como a condenação ao pagamento de indenização cumprem o dever de impor à parte um resultado negativo originado em sua conduta, demonstrando o repúdio do direito à transgressão do dever de lealdade.

Previne-se a ocorrência de futuras violações da boa-fé no curso do processo, e também de outros processos, pela certeza, inculcada na mente do litigante, de que sua conduta será identificada e punida, trazendo-lhe consequências quicá mais danosas do que as que poderiam advir caso não se valesse de artifícios maliciosos. Tal função se equipara à chamada coercitiva, pois obriga à obediência da norma pela perspectiva de uma consequência danosa, conforme lembra Ochoa Monzó (1997, p. 43). Daí a necessidade da ampla aplicação, pelos tribunais, do instituto da litigância de má-fé, já que somente a certeza da punição torna efetiva a cominação da sanção, prevenindo-se o dano processual. Mais do que isso, é necessário que os tribunais passem a otimizar as funções da sanção, tornando-a eficaz pela sua aplicação de modo adequado, como se demonstrará.

Já a função de recomposição se efetiva exclusivamente por meio da condenação à reparação dos prejuízos, em valor equivalente a até 20% sobre o valor da causa. Objetiva-se reparar os danos sofridos pela parte contrária em razão da conduta de má-fé, retornando sua situação patrimonial àquela anterior ao dano processual. Daí a necessidade de que sejam apurados os prejuízos sofridos, não podendo o magistrado arbitrariamente fixar um valor genérico como indenização.

Aquele que age contra os deveres de lealdade e boa-fé no processo torna-se o chamado *improbus litigator*, ou litigante de má-fé, momento a partir do qual se sujeita às sanções previstas na lei. Para Nery Júnior e Nery (1999), “má-fé é a intenção malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro” (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 422). Sobre o conceito de litigante de má-fé, ensinam os autores (1999):

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 422).

Armelin (1985) esclarece a posição da doutrina sobre a caracterização do litigante de má-fé:

A violação do dever de lealdade e probidade constitui um ilícito processual e, destarte, extranegocial, considerando-se o caráter e natureza pública do processo e dos deveres dele emergentes. Todavia, na aplicação dessa sanção há de se levar em conta o elemento subjetivo para colorir a conduta ilícita da parte (ARMELIN, 1985, p. 228).

O conceito, adotado, com poucas variações, pela maior parte da doutrina, compõe-se, assim, de duas frações essenciais, que são a conduta típica (procedimentos maliciosos) e a culpabilidade (dolo ou culpa). Tal elemento



subjetivo é reconhecido amplamente pela doutrina como condição para a imposição da sanção<sup>(3)</sup>, já que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a chamada teoria subjetiva, sendo necessária a verificação da “intencionalidade”, do “objetivo ilegal”, do “modo temerário” (STOCO, 2002, p. 93).

Segundo Stoco (2002):

(...) poder-se-ia resumir que os critérios para a verificação da má-fé são aqueles contidos na própria lei de regência, mas impõem e obrigam que se faça juízo de valor para verificar se o agente, ademais da conduta antijurídica, ingressou no campo da culpabilidade. (STOCO, 2002, p. 90).

A doutrina e a jurisprudência restringem o conceito de litigante de má-fé, excluindo de sua abrangência as pessoas que participam do processo em qualquer condição que não a de parte ou interveniente. Stoco (2002), por todos, é expresso ao afirmar que “o procurador das partes em juízo (defensor ou advogado) não responde pessoalmente por má-fé processual” (STOCO, 2002, p. 92), e cita, nesse sentido, a “doutrina mais expressiva”, mencionando o magistério de Baptista da Silva (2000) e Alvim (1975).

Segundo Dinamarco (2009), “infringindo deveres de lealdade no processo, caracterizados como litigância de má-fé na lei processual, o advogado responde pessoalmente perante a parte contrária – desde que tenha agido com dolo ou culpa (EA, arts. 32 e 34, inc. VI; CPC, arts. 14-18)” (DINAMARCO, 2009, p. 716).

O art. 16 do CPC<sup>(4)</sup>, não obstante tratar especificamente da indenização por perdas e danos em razão de má-fé processual, não da multa, serve como parâmetro para a doutrina e a jurisprudência entreverem a limitação da

aplicação de ambas as sanções previstas em lei somente às partes e aos eventuais intervenientes no processo<sup>(5)</sup>.

O próprio termo litigante de má-fé serve à limitação que geralmente se vê na aplicação das sanções do instituto, pois litigante é aquele que vai a juízo defender sua pretensão, ou seja, a parte que se encontra em litígio com outra.

Segundo Oliveira (2000):

Os arts. 16 e 17 restringem a litigância de má-fé às partes e intervenientes, não ao advogado, ao procurador das partes. A sua conduta processual é regulada pelo art. 14, quando lhe impõe deveres, e pelo Código de Ética e Estatuto do Advogado. Se houver conduta temerária do advogado, nada mais resta ao juiz do que oficiar ao órgão de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil, comunicando os fatos. Na Ordem, poderá o advogado ser processado perante a Comissão de Ética, julgado e cominadas as penas.

(...)

Para o processo não há alteração, seja na conduta do advogado ou da parte, o mau comportamento será sempre imputado à parte e sobre ela recairão as condenações.

Condenada por litigância de má-fé, deve a parte, em se tratando de ato do advogado, acionar-lhe regressivamente, nos termos do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (OLIVEIRA, 2000, p. 71).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é, quase unanimemente, neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. BRASIL TELECOM. NULIDADE NA REPRESENTAÇÃO DO CAUSÍDICO. NÃO ACOLHIMENTO.

(3) Esta noção é essencial à configuração do âmbito subjetivo de aplicabilidade das sanções por litigância de má-fé, conforme se demonstrará adiante.

(4) “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

(5) A interpretação restritiva geralmente conferida ao instituto com base neste dispositivo deve ser analisada de modo crítico, verificando-se se é também consentânea a uma visão sistêmica e teleológica, o que será feito com maior cuidado mais adiante.





CARÁTER PROTELATÓRIO DOS PEDIDOS. INOCORRÊNCIA. CONDENÇÃO DO PATRONO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. (...) Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18 do Código de Processo Civil... (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag 918228/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 set. 2010).<sup>(6)</sup>

Como se vê, seja a parte pessoalmente culpada pela conduta desleal no curso do processo ou não, responderá ela, no entender da doutrina e da jurisprudência majoritárias, sujeitando-se às sanções legais. Caso seja o advogado o real culpado pela conduta de má-fé processual, somente restará à parte ajuizar ação autônoma, pleiteando a reparação perante seu procurador. No dizer de Leão (1986), “a parte prejudicada, em ação regressiva, poderá reaver, do seu procurador, o gasto que teve” (LEÃO, 1986, p. 41).

Tal solução, entretanto, deve ser observada sob um ponto de vista crítico, não se podendo aceitar ingenuamente que o escopo do instituto da litigância de má-fé, ou seja, a efetividade do direito discutido no processo, pela prevenção de práticas maliciosas, será

alcançado apenas indiretamente, pela ação voluntária de particulares que, buscando fim diverso, o de recomposição patrimonial, façam recair sobre os agentes reais da má-fé a responsabilidade sobre sua conduta.

Mais: é por meio da interpretação sistemática e teleológica do instituto, ou seja, de sua visualização sob a natureza publicística do processo e do dever do Estado de levar a cabo com efetividade a função jurisdicional, que se poderá averiguar o grau de eficácia de sua aplicação e buscar formas de torná-lo mais efetivo.

## 2. O dever do estado de garantir a lealdade no processo

Estatuídas as bases sobre as quais se assentam, hoje, as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais sobre o dever de lealdade processual e a litigância de má-fé, cumpre verificar se os limites vislumbrados atualmente se coadunam com a moderna concepção de processo, por meio da análise do papel do Estado no seu direcionamento e na busca da efetividade e da justiça.

O processo, conforme a concepção de Calamandrei (1945), adotada pela grande maioria dos doutrinadores, é a “serie de actos coordinados y regulados por el Derecho Procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción” (CALAMANDREI, 1945, p. 287). Theodoro Júnior (2003) ressalta se tratar o processo de “um método ou sistema de atuação” da jurisdição, sendo esta definida por Cintra, Grinover e Dinamarco (2006) como o “encargo que tem o Estado de promover a pacificação de conflitos interindividuais mediante a realização do direito justo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 145).

Também Marinoni e Arenhart (2006), que veem o processo como o “instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição” (MARI-NONI; ARENHART, 2006, p. 70), confirmam a ideia de que o processo, não obstante a

(6) Do mesmo modo: “Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual. Contudo, nos termos do art. 16, somente as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente, em sentido amplo, podem praticar o ato. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Em caso de má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18 do CPC”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1173848/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2010).



existência de discussão doutrinária a respeito da sua concepção<sup>(7)</sup>, é o meio pelo qual o Estado faz valer seu poder de decidir imperativamente e de impor suas decisões, ou seja, de exercer o monopólio da jurisdição.

Tal concepção evidencia o caráter público do processo<sup>(8)</sup>, que ganhou força com a consolidação do Estado, no decorrer do século XIX, e se firmou a partir da superação dos postulados liberais pelo modelo social de Estado.

Segundo Ochoa Monzó (1997), a repercussão dos postulados sociais alcança o mundo jurídico e mostra que o processo não se compromete apenas com os interesses particulares, mas também com o interesse público do Estado. O compromisso do Estado social com valores de igualdade, liberdade e realização da justiça alterou o papel do juiz, antes distante – como forma de preservar sua imparcialidade –, o que também resultou na alteração da própria sistemática do processo, com a afirmação de uma nova categoria, a das obrigações processuais, referidas no item anterior.

Dentre tais obrigações, encontra-se o dever de lealdade processual, estabelecido, no direito brasileiro, pelo art. 14 do CPC, que se destina às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Segundo Milhomens (1961):

Todos os sujeitos do processo – partes, juízes, serventuários, auxiliares – devem agir no sentido da consecução de um fim estrito: a realização do direito ou, como diz

(7) Dentre as diferentes teorias, destacam-se a ideia de processo como garantia, ou procedimento em contraditório (GONÇALVES, 1992, p. 148-149) e a de instituição legitimadora da jurisdição, pelo caráter dialógico-democrático da construção do provimento (LEAL, 2004, p. 95).

(8) O caráter público do processo já há muito tempo é amplamente reconhecido pela doutrina (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 296), que apenas referencia sua concepção privatista no período anterior ao século XIX, em que se desenvolveram as teorias do processo como contrato e quase-contrato (LEAL, 2004, p. 86 e 87).

Pontes de Miranda, o ‘prevalhecimento da verdade sobre a situação de direito deduzida em juízo’. O processo é meio, posto a serviço do homem, para esse fim social. O Estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Praticuem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes entre si, e deveres de uma parte para com outra parte. (MILHOMENS, 1961, p. 33-34).

Como afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco (2006), diante de suas finalidades de pacificação geral na sociedade e de atuação do direito, o processo deve se revestir de uma dignidade que corresponda aos seus fins, o que é garantido pelo princípio da lealdade processual. Ou seja, a dignidade do processo é condição sem a qual não pode o Estado se legitimar como agente exclusivo da pacificação social e de defesa do direito. Para Stoco (2002), que relaciona a má-fé processual ao abuso de direito, deve-se considerar “o processo como instituto de ordem pública, cujas normas e regras são cogentes, impositivas e não ficam no poder dispositivo das partes” (STOCO, 2002, p. 76).

Assim, ganha relevo a ideia de que tal princípio não visa somente à proteção e à segurança das partes em juízo, mas também, e principalmente, à viabilização da atuação mais correta possível da jurisdição, ou seja, a garantia do Estado de que o direito posto, e que lhe sustenta, será efetivado.

Por isso é que Costa (2005) considera o Juiz como sujeito passivo do dolo processual, já que “a declaração do juiz pode sofrer a influência maléfica do mesmo” (COSTA, 2005, p. 68). Juiz, na concepção do autor, que representa, no processo, o Estado, sendo, portanto, este, o sujeito passivo da conduta desleal.





E se é verdade que “a moderna processualística busca a legitimidade do seu sistema na utilidade que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 146), deve-se reconhecer forçosamente que tanto mais útil será o processo, e, portanto, mais legítimo o sistema, quanto mais confiável, por se fundar na atuação leal em juízo, for o provimento jurisdicional construído em contraditório.

Segundo Costa (2005), “do momento em que o conceito público de processo superou o conceito contratual, a obrigação de boa-fé da parte, com respeito ao juiz, descende do vínculo de sujeição que liga o cidadão ao Estado, e que é a base do sistema de composição coativa dos conflitos” (COSTA, 2005, p. 196). Assim, todo e qualquer cidadão atuante no processo, por manter o mesmo vínculo com o Estado, tem a obrigação de agir de boa-fé, sujeitando-se, portanto – já que a obrigação é ínsita a sanção –, às penalidades previstas em lei.

Nesse sentido, a atuação dos tribunais deve ser inflexível, pois somente por meio da efetiva coibição da má-fé processual se poderá otimizar a “utilidade” do processo. O Supremo Tribunal Federal (STF), não obstante a ainda limitada interpretação que confere ao instituto, reconhece este dever:

O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. (BRASIL. Supremo Tribunal

Federal. AI 567171 AgR-ED-EDv-ED/SE. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário do Judiciário Eletrônico*, 6 fev. 2009).

O reconhecimento, pela Corte Constitucional brasileira, de que o Poder Judiciário deve repelir sumariamente a conduta de má-fé, propugnando que não seja ela tolerada, demonstra de modo incontestante a assunção, pelo Estado, do dever de preservar a ética do processo, o que não pode se dar de modo unicamente formal, mas pela busca incessante da forma mais efetiva de realizá-la.

A atual preocupação com a efetividade do processo e com a efetiva realização dos fins sociais do direito se liga intimamente com o dever do Estado de atuar de modo rígido com o objetivo de garantir que a marcha processual se desenvolverá em observância à ética e à probidade, pois só assim será possível a construção de um provimento jurisdicional apto a pacificar o conflito e, conseqüentemente, realimentar a legitimidade do direito e de si próprio.

Nesse sentido, importante lição de Grinover (2000):

Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza,





adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores. (GRINOVER, 2000, p. 63).

De outro modo, se o processo é o instrumento por meio do qual o Estado faz valer o ordenamento jurídico posto e se somente um processo comprometido com a realização da justiça atende aos fins a que se destina, é forçoso reconhecer que somente é legítimo o exercício da jurisdição e somente se pode efetivar o ordenamento jurídico caso o Estado desempenhe peremptoriamente seu dever de garantir um espaço ético de discussão propício à construção da justiça do caso.

Neste sentido, evidencia-se a possibilidade de o juiz, de ofício, aplicar as penas ao litigante de má-fé, possibilidade esta que, acompanhando a evolução da concepção de processo trazida pelo modelo social de estado, somente foi introduzida no direito brasileiro em 1994, por meio da Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que alterou a redação do art. 18 do CPC<sup>(9)</sup>.

Segundo Nery Júnior e Nery (1999):

A Lei n. 8.952/1994 já deixara expresso o dever de o juiz condenar, de ofício, o litigante de má-fé, como já exposto na 1ª edição destes comentários. A Lei n. 9.668/1998 reafirma essa regra. O destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar os danos processuais que

causou à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte. (NERY JUNIOR; NERY, 1999, p. 427).

Ressalta-se que a parte prejudicada pela má-fé processual continua legitimada a requerer a punição do ofensor e a reparação dos danos que tenha sofrido<sup>(10)</sup>, sendo este apenas mais um escopo do instituto da litigância de má-fé, mas que não pode ocultar o seu fim principal, de preservação da legitimidade da atuação jurisdicional do Estado.

Ora, se não é mais necessário o requerimento da parte contrária para que haja a repressão da conduta maliciosa, é evidente o reconhecimento pela lei de que não é a ofensa ao direito de outrem que justifica a punição, mas, sim, a ofensa à ordem jurídica como um todo e à sociedade em geral. Assim, como “a atitude ímproba é mais ultrajante à justiça como entidade do que à parte contrária” (STOCO, 2002, p. 100), cabe ao Estado atuar da forma mais efetiva possível, não para remediar o dano sofrido pelo outro litigante, mas para assegurar àquele que desobedeceu ao dever de lealdade que sua conduta não será tolerada e que futuros desvios serão também coibidos.

Na busca dessa efetividade faz-se necessário transcender os atuais limites que geralmente se veem à autoridade do Estado-juiz para aplicar as sanções por litigância de má-fé a quem quer que tenha agido em desconformidade ao dever de lealdade, restando

(9) Redação anterior: “Art. 18. O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”. Nova redação, antes da alteração realizada pela Lei n. 9.668, de 23.6.1998: “Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou”.

(10) Neste caso, entende-se que não poderá o juiz, de ofício, determinar a indenização à parte contrária, sendo necessário o requerimento e a prova dos danos, por se tratar de direito disponível, o que não é o caso da multa, que tem cunho eminentemente punitivo.





averiguar a posição dos representantes diretos das partes em juízo nesse contexto.

### 3. Litigância de má-fé e a atuação do procurador

O reconhecimento de que o Estado tem o dever de prevenir a deslealdade no processo é questão fundamental à interpretação da lei com vistas à definição do âmbito subjetivo de abrangência das sanções por litigância de má-fé, já que somente será efetiva a sanção, e somente se alcançará seu objetivo de prevenção, caso sejam punidos aqueles que pessoalmente empreenderam a conduta desleal.

Neste sentido, deve-se verificar se o atual tratamento conferido pela doutrina e pela jurisprudência ao instituto possibilita o pleno alcance dos seus fins, ou se, ao contrário, é necessária interpretação mais ampla do que aquela realizada pelo saber vigente, que torne efetivas as penas cominadas e que promova de modo mais adequado a lealdade processual.

A conduta desleal praticada no processo tem como fim último o benefício do litigante ímprobo em prejuízo da parte contrária. Para que se atinja tal desiderato, pode ser que a própria parte, pessoalmente, aja com culpa, seja ao decidir ajuizar ação que desde logo sabe infundada, seja por meio de declarações falsas prestadas no curso do processo – ao seu procurador, que as transmitirá em juízo, ou diretamente, em audiência –, seja ainda criando obstáculo ao cumprimento de ordem judicial.

Entretanto, pode ser que conjuntamente com a parte, ou mesmo de modo individual, atue seu procurador, com o objetivo de vencer a causa que se propôs defender, beneficiando seu cliente, ou mesmo com o objetivo particular de obter, ao final, honorários sucumbenciais. Em tais hipóteses, coliga-se o patrono com a parte patrocinada para lesar a outra, em benefício próprio.

Há ainda situações em que a atuação de má-fé, ainda que beneficie exclusivamente a

parte, é empreendida unicamente pelo advogado, não influenciando a parte de nenhum modo na prática da conduta desleal. Tais situações se evidenciam principalmente no caso de questões processuais e técnicas a que somente o causídico tem acesso, como, por exemplo, as alegações de fatos processuais contrárias ao que consta dos próprios autos ou a inter-posição de recursos e embargos de declaração com alegações meramente processuais sabida-mente infundadas.

Como se sabe, são os advogados quem orientam as partes, estimulando-as a agirem em determinado sentido ou as incentivando a deixarem de praticar determinado ato. Notadamente em uma sociedade de baixa cultura jurídica, o papel do procurador ganha particular relevância tanto na forma quanto no conteúdo da participação das pessoas em juízo.

Como conclui Leão (1986), “o causídico é, muitas vezes, o agente provocador da declaração do dolo processual. No seu elenco [do art. 14], há a previsão do abuso processual para casos cuja prática requer conhecimento técnico-especializado e, conseqüentemente, só os procuradores estão qualificados para tanto” (LEÃO, 1986, p. 41). Ora, nesses casos somente os advogados agem com culpa, na medida em que seu cliente geralmente desconhece a técnica processual ou sequer se dá conta do andamento do processo.

Apesar de geralmente o julgador não fazer distinção entre a atuação da parte e a de seu procurador, há diversos casos, como o do Agravo Regimental interposto em face da decisão monocrática proferida pelo relator no Recurso Especial 1167320/RS, julgado pelo STJ<sup>(11)</sup>, em que, não obstante o reconheci-

(11)“(…)4. Ademais, houve alteração da realidade fática, o que implica litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II, do CPC. 5. O patrono da agravante afirmou em seu Agravo Regimental, por várias vezes, que a verba honorária foi arbitrada em R\$ 30,00 (trinta reais), o que contraria a verdade dos fatos e



mento de que foi o advogado quem infringiu as normas de lealdade processual, condenando-se a parte, pessoalmente, ao pagamento da multa por litigância de má-fé. Tal situação não se mostra contraditória somente dentro da ótica defendida neste trabalho, mas mesmo sob o prisma do saber vigente, já que, segundo a atual concepção conservadora, somente deve ser apurada a responsabilidade do causídico em ação própria.

Dado o baixo conhecimento jurídico da sociedade em geral, as pessoas não podem exercer controle efetivo sobre a atuação de seus representantes em juízo, situação que se agrava pelo distanciamento que se verifica entre a linguagem do Direito e a linguagem da sociedade. Esse fato impede até mesmo que a parte, condenada em juízo por deslealdade processual, identifique na sentença que o resultado desfavorável se deveu à atuação do profissional por ela escolhido, o que inviabiliza, na prática, a sua responsabilização em ação própria. Segundo Stoco (2002), “quase sempre a parte sequer tem conhecimento da atuação do seu representante judicial e o modo com que está se conduzindo” (STOCO, 2002, p. 113).

Como resultado, identifica-se a baixa efetividade das sanções aplicadas em razão de má-fé processual, já que quando são, de fato, impostas, recaem sobre a própria parte. Prejudica-se, deste modo, tanto a função punitiva, já que não se pune o real culpado,

causando injustiça de fato, como a função preventiva, já que na grande maioria das vezes são as partes litigantes eventuais, que vão a juízo em situações excepcionais e, por isso mesmo, o “aprendizado” por elas adquirido não gera as consequências pretendidas.

Ora, se desde logo já se pode saber que somente o advogado poderia urdir o ato malicioso, dada a sua natureza processual e técnica, não se pode permitir, dentro da atual concepção de processo, voltada que é para a efetividade e para a realização da justiça, que a punição recaia sobre quem não praticou, e nem poderia, a conduta maliciosa. Do contrário, restaria malferido um dos requisitos unanimemente reconhecidos pela doutrina para a aplicação da sanção, que é a culpabilidade.

A culpabilidade em grande parte dos casos de má-fé processual recai sobre o advogado, não se podendo afirmar que a parte, desconhecidora da técnica processual, tenha tido a intenção de praticar a conduta contrária à boa-fé. Assim, não pode ser punida a parte quando seja inequívoca a culpabilidade de seu representante.

Acresça-se o fato de que a limitada interpretação do âmbito de aplicabilidade da multa constitui fator de enfraquecimento do dever de lealdade, não somente porque a sanção deixa de atuar sobre o agente real da malícia, mas porque ela deixa, também, de ser aplicada, já que os tribunais parecem reconhecer a injustiça de se punir a parte em razão da conduta de seus procuradores e por isso, muitas vezes, não aplicam as penas do art. 18 do CPC.

Já advertia Pontes de Miranda (1979) que “no espírito de juízes estava, quase sempre, a suspeita de que mais responsáveis eram os advogados, suscitadores das demandas, do que as partes mesmas, e condenar a essas, e não aqueles, orçaria por injustiça social” (MIRANDA, 1979, p. 392).

---

desrespeita a atividade jurisdicional. 6. A atuação do advogado afasta-se da lealdade processual e abusa do direito de ação, razão pela qual deve ser cominada a multa prevista no art. 18 do CPC: 1% sobre o valor da causa (atribuído pelo autor em R\$ 889,00 reais). É indevida a indenização, pois não houve dano evidente causado à impetrante. 7. Ainda que de pequeno valor, a multa por litigância de má-fé deve ser prescrita por este Tribunal Superior, dado o efeito pedagógico a ela inerente, evitando futuros recursos como o presente...” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1167320/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 abr. 2010).





Tal situação foi reconhecida também por Oliveira (2000), para quem “os tribunais têm sido omissos quanto à aplicação das sanções dos arts. 16 e 18 do CPC” (OLIVEIRA, 2000, p. 45).

Segundo a autora (2000), são duas as principais razões da omissão:

[1] As partes não costumam requerer a condenação e os magistrados resistem em até mesmo declarar *ex officio* o litigante, em situação de má-fé. Negam também a condenação em perdas e danos. A tolerância das partes talvez seja por conveniência (para que também não sofram imputação) ou mesmo por puro descrédito no deferimento da pretensão e sua posterior execução.

[2] Os juízes também resistem em aplicar a sanção porque é a parte a sua destinatária, e nunca o seu procurador, ainda que muitas vezes este tenha sido o causador do ato processual abusivo. A ação regressiva é de difícil prática. (OLIVEIRA, 2000, p. 45).

A não aplicação da multa ao sujeito que efetivamente praticou o ato malicioso torna inócua a disposição do art. 14 do CPC, que estabelece o dever de lealdade para todos os que participam do processo, já que faz dela uma obrigação processual sem sanção.

É importante remarcar que o art. 18 do CPC, diferentemente do art. 16 – que dispõe exclusivamente sobre o dever de indenizar, conforme Alvim (1996) –, não faz qualquer menção à qualidade das pessoas sujeitas à sanção nele estabelecida, reportando-se somente à expressão “litigante de má-fé”, cuja definição se encontra no art. 17, que também não limita a amplitude subjetiva. Mais: o § 1º do art. 18 do CPC<sup>(12)</sup> prevê expressamente a

(12) “§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.” (BRASIL, 1973).

condenação proporcional ou solidária daqueles que se coligaram na conduta desleal, não fazendo distinção entre partes ou demais partícipes do processo. Assim, tanto os procuradores quanto qualquer outra pessoa coligada (peritos, serventuários, curadores, etc.) devem se sujeitar à sanção.

Não obstante a constatação da inefetividade das sanções por litigância de má-fé em razão da interpretação restritiva que se lhe dão, persistem os tribunais na resistência a uma visão mais ampla, compreensiva dos modernos anseios da jurisdição, muitas vezes amparados em concepções conservadoras e que compactuam, por omissão, com as condutas desleais.

Os obstáculos geralmente entrevistados pela doutrina e pela jurisprudência à aplicabilidade da multa por litigância de má-fé a advogados se fundam apenas em interpretações limitadas de dispositivos legais, interpretações estas conservadoras e que, como se demonstrou, não resistem a uma análise teleológica do instituto.

Costuma-se afirmar que o art. 16 do CPC é categórico ao limitar a autor, réu ou interveniente o conceito de litigante de má-fé. De fato, referido dispositivo exclui de seus destinatários pessoas outras que não as partes, parecendo não deixar margem à recondução do instituto à sua *ratio legis*.

Entretanto, referida regra, interpretada com base nos postulados da efetividade do processo e da realização da justiça, não constitui óbice intransponível à evolução do instituto. Ao contrário, reforça afirmação aqui já referida no sentido de que quando se tratar de reparação de danos causados por má-fé processual está-se na seara do direito privado, limitando-se a responsabilidade às regras ordinárias do Direito Civil, de modo que respondem somente as partes.

Isso porque a redação da norma se refere expressamente à responsabilidade por “perdas



e danos”, ou seja, fica excluída da limitação imposta pela lei a hipótese de condenação ao pagamento de multa, sanção esta, diferentemente da indenização, destinada à repressão da conduta maliciosa e a desestimular a sua reiteração em outras ocasiões, seja no curso da mesma relação processual, seja em outros processos. Como reforço a ideia, observa-se que a expressão litigante de má-fé, utilizada pelo art. 18, foi expressamente definida pelo art. 17, não pelo art. 16 do CPC. Assim, quando não se tratar de perdas e danos não se pode utilizar o art. 16 do CPC para excluir a responsabilidade do causídico pela atuação desleal no processo.

Outro óbice geralmente levantado pela doutrina se encontra na regra do art. 32, parágrafo único, da Lei n. 8.906, de 4.7.1994 (Estatuto da Advocacia): “em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria” (BRASIL, 1994). Assim, a necessidade de que a responsabilidade do advogado seja apurada em ação própria é apontada como o grande trunfo da advocacia, incluído em sua lei corporativa, para tornar inefetiva a regra prevista no *caput* do dispositivo, segundo a qual o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Entretanto, também esta hipótese não parece ter força suficiente para resistir à premente necessidade de que o processo seja imbuído de lealdade e efetividade, para que alcance a promoção da justiça e a pacificação social.

A leitura atenta da norma revela que se destina ela à hipótese em que um terceiro, estranho à relação cliente-advogado, seja prejudicado pela atuação coligada de ambos, normalmente a parte contrária ao cliente. Assim, a referida norma não pode servir à limitação da aplicação da multa por litigância de má-fé diretamente ao advogado, já que dela

não se pode inferir a exigência de que o cliente, condenado no processo, tenha que mover ação própria para reaver do profissional os prejuízos que teve por sua conduta desleal, o que seria até mesmo antieconômico.

Ressalte-se também que a norma contida no estatuto da advocacia, como é evidente, não se trata da fonte originária da responsabilização dos advogados. Do contrário, poder-se-ia absurdamente afirmar que antes dela estavam os advogados isentos de responsabilidade por sua atuação culposa ou dolosa, o que não é verdade.

A fonte primeira da responsabilidade do advogado, ou de qualquer outro profissional que cause prejuízo agindo com dolo ou culpa, é o Código Civil, segundo o qual aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (art. 927). Como o próprio Código define o ato ilícito como o que decorra de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, e viole direito ou cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186), é forçoso se reconhecer que a responsabilidade dos advogados já existia antes de sua previsão em lei específica.

A disposição contida no Estatuto da Advocacia, como se percebe, trata de responsabilidade civil, ou seja, da hipótese em que a premissa é “lesar a parte contrária”. Não se poderia, com base nesta norma, impedir o Estado, como sujeito passivo do ato desleal no processo, aplicar as sanções que visam a resguardar a legitimidade de sua atuação jurisdicional, ainda quando não haja efetiva lesão à parte contrária.

De outro modo, não pode o Estado ser obrigado a mover ação própria contra os advogados para vê-los punidos por sua conduta atentatória à dignidade da Justiça, notadamente diante da clara imposição de padrões de conduta realizada pelo art. 14 do





CPC, que se destina às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Também uma análise amparada pelos princípios da efetividade e da economia processual indicará as vantagens de se punir o real litigante de má-fé nos próprios autos em que ocorreu a conduta desleal, já que se estará diante do mesmo juízo que presidiu a causa e identificou a malícia evitando-se, ainda, a instauração de outro processo e os custos dele advindos.

Sequer o parágrafo único do art. 14 do CPC, que excepciona “os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” (BRASIL, 1973), pode ser tomado como impedimento peremptório à aplicação da pena por litigância de má-fé aos advogados, já que a previsão nele contida é expressa no sentido de que se limita à “violação do disposto no inciso V deste artigo” (BRASIL, 1973), não abrangendo, por conseguinte, a multa prevista no art. 18, *caput*, do CPC.

Ademais, a respeito da referida ressalva, e lamentando a sua inclusão na lei por meio de emenda bastante casuística, afirma Stoco (2002):

A ressalva é frustrante e enfraqueceu o projeto e o objetivo precípuo colimado de impedir a chicana e a litigância de má-fé de alguns profissionais – por certo uma minoria – pois o advogado não se sujeita exclusivamente aos estatutos da OAB. Essa sujeição exclusiva não ocorre no plano processual, civil e penal, senão apenas no âmbito administrativo-disciplinar, perante o Conselho de Ética de sua entidade de classe. (STOCO, 2002, p. 102).

A sujeição exclusiva dos advogados ao seu órgão de classe, como forma de subtraí-los ao controle da lealdade processual exercido pelo juiz, não se coaduna com o dever do Estado de manter um ambiente democrático e confiável de construção do provimento

jurisdicional. Se o Estado deve zelar para que o processo se desenvolva sob bases éticas, o controle sobre a atividade do advogado não pode ser legado exclusivamente ao órgão classista, corporativista por natureza. Ademais, são distintos os escopos do controle exercido pelo diretor do processo e aquele exercido pelo órgão de classe.

No primeiro caso, objetiva-se preservar a legitimidade da jurisdição e a justiça da decisão, enquanto no segundo intenciona-se preservar a ética no exercício da profissão, como forma de defesa da própria classe, já que sempre haverá outro advogado do lado contrário e já que se trata de mecanismo de depuração dos desvios que diuturnamente desacreditam a própria classe.

Assim, partindo-se de uma interpretação sistemática das normas processuais e materiais, inexistente impedimento a que todos os partícipes do processo, sem exceção, possam ser sancionados no caso de descumprimento do dever de lealdade, independentemente do controle externo exercido por instituições de classe a que pertençam.

Não se pode concordar com a conclusão fatalista de Leão (1986) para quem “não há norma processual a respeito da forma de punir o advogado que agir de má-fé” (LEÃO, 1986, p. 42). Ao contrário, o intérprete da lei deve se orientar por considerações mais adequadas aos fins sociais do Direito, como determina o art. 5º da Lei n. 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). O próprio autor (1986) faz a crítica:

Parece-nos altamente injusto que, o advogado sendo o responsável pelo ilícito, venha o cliente a arcar com os prejuízos. É ilusório se imaginar que a parte tem à disposição a ação regressiva. Nunca ouvimos falar que isso tivesse acontecido, ainda que o multicitado Estatuto diga que constitui infração disciplinar o advogado “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado



ao seu patrocínio” (art. 103, XV). (LEÃO, 1986, p. 43).

Acrescenta o autor que “é preciso punir o advogado sem ética, sem lei, ao invés da tolerância e, quiçá, do elogio às suas ‘habilidades” (LEÃO, 1986, p. 43). Nesse sentido, há já decisões, mais consentâneas aos modernos anseios do Processo Civil, que reconhecem, no próprio processo em que ocorreu o ato desleal, a responsabilidade dos advogados nele atuantes. Cita-se, como exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), relatado pelo Desembargador e doutrinador Rui Portanova, cujo voto foi acompanhado unanimemente:

(...) Ademais, todos têm o dever de agir em juízo com lealdade e boa-fé, inclusive os advogados. Além disso, o advogado, mais do que simplesmente defender os interesses do seu cliente a qualquer custo, desempenha função essencial à Justiça (art. 133 da Constituição da República). E isso especialmente em casos como o presente, no qual o interesse prevalente não é do autor/apelante ou o da ré/apelada, mas sim o da criança.

No caso, é tão grande a enxurrada de ações e recursos intentados pelo apelante, e todos baseados em alegações comprovadamente falsas e inverídicas, em pretensões totalmente infundadas e meramente procrastinatórias, que se mostra de rigor concluir pela responsabilidade solidária do advogado, na conduta processual de má-fé aqui neste processo... (Rio Grande do Sul. TJRS. Ap. n. 70037053329, Rel. Des. Rui Portanova. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 25 nov. 2010).

No referido caso, a condenação solidária se deveu à reiteração de ações judiciais e recursos com os mesmos fundamentos, já rechaçados anteriormente pelo Tribunal, hipótese em que sequer se pode vislumbrar a atuação exclusiva do advogado, já que a decisão de prosseguir no ajuizamento de demandas e de recorrer pode ter-se devido somente à escolha

da parte, pessoalmente, havendo o causídico simplesmente compactuado com a litigância que já se sabia infundada.

Também o STJ já admitiu:

Litigância de má-fé dos advogados da empresa autora, que se omitiram em apontar a ocorrência do erro na primeira oportunidade em que se manifestaram nos autos após o julgamento, vindo a fazê-lo somente após o julgamento de diversos recursos, quando a decisão que iria prevalecer seria desfavorável à sua cliente. Imposição, aos advogados subscritores dos recursos, de multa de 1% do valor atualizado da causa, além de indenização ao recorrido de 5% do valor atualizado da causa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 494021/SC. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 set. 2004).

A hipótese retratada neste julgamento se assemelha àquela em que a conduta desleal se origina do contato do advogado com os autos do processo, carecendo a parte de conhecimento técnico – no caso, sobre nulidade ocorrida anteriormente – para que se possa decidir praticar o ato malicioso – a omissão voluntária e oportunista com o propósito de locupletar-se.

O STJ reconheceu unanimemente a responsabilidade dos patronos pela litigância de má-fé, impondo-lhes não somente o pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa, mas também a indenização de 5% do mesmo valor – que, conforme já exposto, deveria ser precedida de prévio requerimento e apuração dos danos efetivamente sofridos, além de dever ser suportada inicialmente pela própria parte.

No mesmo sentido do julgamento citado, outro acórdão relatado pela e. Ministra Eliana Calmon:

Aplicação de multa de 1% (um por cento), além de indenização de 3% (três por cen-





to), ambos incidentes sobre do valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, em razão da rasura e da adulteração da guia, tudo com apoio nos termos do art. 14, II c/c 17, VII e 18, *caput* do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé. (BRASIL. STJ. REsp 986443/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 maio 2008).

Novamente, no presente caso a conduta maliciosa consistiu na adulteração de guia de recolhimento do preparo recursal, prática esta sobre a qual a parte, pessoalmente, não tinha qualquer influência, decorrendo de má-fé exclusiva do próprio advogado. Em casos tais, não pode a Justiça vestir deliberadamente sua venda para ignorar a injustiça de fazer suportar por pessoa inocente a punição pela desobediência à obrigação processual de agir de forma leal, obrigação esta que se destina a todos os envolvidos no processo.

A percepção que começa a ser delineada pela jurisprudência evidencia a possibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, da responsabilização dos advogados nos casos em que a má-fé processual decorra de sua exclusiva atuação, não passando de conservadorismo interpretativo a vedação que geralmente se vê ao avanço hermenêutico aqui defendido. Assim, deve ser punido o advogado, com base no art. 18 do CPC, sempre que a conduta desleal for engendrada por ele de modo exclusivo ou em conluio com a parte que representa, já que o Estado tem o dever de agir contra aqueles que atentam contra a Jurisdição, não podendo relegar a terceiros tal função.

De fato, melhor seria que o legislador pusesse fim à discussão introduzindo no CPC norma expressa sobre a aplicabilidade das sanções por litigância de má-fé aos procuradores das partes, como viabilizava a proposta da Comissão de Juristas (STOCO, 2002, p.112) para a alteração do art. 14 do CPC. Entretanto,

o Anteprojeto do Novo CPC mantém, em seus arts. 66 a 70, a mesma disciplina vigente, não trazendo qualquer avanço na matéria (BRASIL, 2010).

Neste contexto, deve-se incentivar a saudável reflexão sobre as formas de preservação da lealdade processual. É a explicitação do problema, mesmo que por meio da positividade do posicionamento conservador, que poderá promover a discussão necessária sobre o modelo de processo e de participação da sociedade que se pretende para o bom termo da Justiça.

## Conclusões

A análise do instituto da litigância de má-fé e de seu âmbito subjetivo de incidência limitado pela interpretação conservadora atualmente vigente permitiu vislumbrar o baixo grau de efetividade das sanções previstas em lei contra a conduta desleal no processo.

Como se viu, a eficácia da sanção deve ser buscada por meio da interpretação sistemática e teleológica do instituto, ou seja, de sua visualização sob a natureza publicística do processo e do dever do Estado pós-liberal de desempenhar com efetividade a função jurisdicional.

A partir do desenvolvimento da concepção de obrigação processual, à qual é insita a ideia de sanção, como mecanismo que garante a observância das normas, chegou-se à conclusão de que todas as pessoas envolvidas no processo se sujeitam ao controle do Estado, que deve agir com rigor na preservação da ética no processo. Somente assim poderá orientar a conduta das partes no sentido de se chegar à solução mais próxima possível da justiça do caso concreto.

Tal orientação se desempenha como forma de resguardar a dignidade do Poder Judiciário como agente do monopólio estatal da jurisdição, exercendo função pedagógica, ao incutir nas partes o valor da lealdade processual.



Assim, não pode o Estado relegar a terceiros, sejam eles a própria parte ou o órgão de classe, a atuação corretiva contra aqueles que se utilizam de sua função essencial à Justiça para promover o locupletamento próprio ou alheio à custa do dever de lealdade processual. Tal conclusão se assenta no reconhecimento de que não é a ofensa ao direito de outrem que justifica a punição, mas, sim, a ofensa à ordem jurídica como um todo e à sociedade em geral.

Destarte, a atuação mais correta possível da jurisdição, ou seja, a efetivação do direito posto pelo Estado, e que lhe sustenta, responde aos modernos anseios do direito processual para o qual tanto mais útil será o processo, e, portanto, mais legítimo o sistema, quanto mais confiável for. Isso depende de que o Estado desempenhe peremptoriamente seu dever de garantir um espaço ético de discussão propício à construção da justiça no caso concreto.

Neste sentido, como se demonstrou, a boa utilização das ferramentas processuais, como a efetiva aplicação da multa por litigância de má-fé, possibilita ao magistrado, no contexto do processo, promover a conscientização dos atores processuais, especialmente dos advogados, contribuindo para o aprimoramento da distribuição da justiça, seja em seu aspecto qualitativo, seja no que diz respeito à tempestividade da resposta jurisdicional.

Conclui-se, assim, que o ordenamento jurídico vigente possibilita a aplicação direta, no curso do processo, da multa por litigância de má-fé ao advogado nele atuante e que tenha agido com culpa na violação da obrigação processual de agir com lealdade.

Diante da constatação de que não são as reformas legislativas do procedimento e a alteração da sistemática processual que promoverão a tão almejada efetividade do Direito, mas, sim, a alteração da mentalidade dos atores sociais e processuais, afirma-se que a evolução do instituto da litigância de má-fé poderá contribuir para o alcance de uma Justiça

adequada e que resolva o conflito a tempo de minorar os impactos da violação do direito.

Certamente que tal situação está condicionada ao desenvolvimento cultural do país, aos investimentos em educação e ao aprimoramento das formas de seleção e formação de magistrados, serventários, advogados e “operadores do direito” em geral. Somente com o fim da cultura do litígio, com a valorização da resolução extrajudicial dos litígios, por meio da mediação, e com a construção de uma sociedade mais dialógica e democrática se poderá alcançar uma justiça que seja plena.

## Referências

ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ALVIM, Thereza. A responsabilidade por prejuízos causados no processo (consideradas as alterações trazidas pela nova redação dada ao art. 18 do CPC pela Lei n. 8.952/1994). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARMELIN, Donald. Perdas e danos. Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé. Forma mais adequada de liquidação. Indenização fixada pelos índices da ORTN. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 222-237, jul./set. 1985.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Código de processo civil: Parecer n. 1.624, de 2010, e Emenda n. 221 – CTRCPC (substitutivo aprovado)*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>> Acesso em: 20.4.2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de





1939. Código de Processo Civil. *Coleção de Leis do Brasil de 1939*. v. 1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial*, Brasília, 5 de julho de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI 567171 AgR-ED-EDv-ED/SE. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário do Judiciário Eletrônico*, 6 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1167320/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag 918228/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 494021/SC. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25.4.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 986443/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 25.4.2011.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica, 1945.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Stefano. *O dolo processual em matéria civil e penal*. Tradução de Laercio Laurelli. 2. ed. São Paulo: PaulistanaJur, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de*

*direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. 1.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Tomo I.

MONZÓ, Virtudes Ochoa. *La localización de bienes en el embargo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

NALINI, José Renato. A ética nas profissões jurídicas. *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, ano 19, n. 225, p. 5-23, set. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ap. n. 70037053329, Rel. Des. Rui Portanova. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 25 nov. 2010. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 25.4.2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.





# Jurisprudência

---

**Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho  
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**





# Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N. 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, decidiu – *que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos*. Reconheceu, todavia, a Corte suprema – *que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade* (Informativo n. 610 do Supremo Tribunal Federal). 2. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência desta Corte superior consagrada no item V da Súmula n. 331, com a redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n. 174, de 24.5.2011, segundo a qual – *os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada*. 3. Nesse contexto, não merece reforma a decisão proferida pela Corte de origem, porquanto não se constata do substrato fático probatório dos autos a omissão da administração pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. 4. Recurso de revista não conhecido.

## ACÓRDÃO

### 1ª Turma

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n. **TST-RR-212300-28.2009.5.12.0004**, em que é Recorrente **Maria Arlete de Oliveira Silva** e são Recorridos **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT** e **L. C. Minatto & Cia. Ltda.**

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 384/397, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada para julgar improcedente, em relação a ela, a pretensão deduzida em juízo.

Inconformada, interpõe a reclamante o presente recurso de revista, consoante razões

veiculadas às fls. 400/405. Busca a reforma do julgado quanto aos temas – responsabilidade subsidiária – ente público – e – responsabilidade subsidiária – abrangência –, esgrimindo com ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República, além de contrariedade a súmula do Tribunal Superior do Trabalho, bem como divergência jurisprudencial.

O recurso de revista foi admitido por meio da decisão proferida às fls. 408/409.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 412/419.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.





## VOTO

### Conhecimento

#### 1 – Pressupostos genéricos de admissibilidade recursal

O recurso é tempestivo (acórdão disponibilizado em 19.10.2010, terça-feira, conforme certidão lavrada à fl. 398, e razões recursais protocolizadas em 19.10.2010, à fl. 400). A reclamante está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada à fl. 13.

#### 2 – Pressupostos específicos de admissibilidade recursal responsabilidade subsidiária. Ente da administração pública

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 384/397, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada para julgar improcedente, em relação a ela, a pretensão deduzida em juízo. Consignou, na ocasião, o seguinte entendimento, às fls. 390/396:

##### 1. Responsabilidade subsidiária

A 2ª ré pugna pela reforma da sentença quanto à sua responsabilidade subsidiária, ao argumento de que não agiu com culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Invoca, ainda, o disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Caso não reformado o *decisum*, pleiteia a aplicação efetiva da responsabilidade subsidiária, a fim de que os bens da 1ª ré e de seus sócios respondam antes dos seus pela dívida.

Com razão.

O litígio é originário da descentralização administrativa promovida por meio da terceirização de serviços, procedimento válido consoante o ordenamento jurídico.

É incontroverso o benefício da 2ª demandada decorrente do trabalho executado pela autora, empregada da sociedade empresária escolhida por licitação.

No estudo do procedimento licitatório necessário à celebração de contratos com a Administração Pública Direta e Indireta, inevitável a leitura do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, que dispõe:

(...)

Não obstante tenha adotado a posição de aplicar o citado artigo à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, responsabilizando subsidiariamente a Administração pelos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, a análise das numerosas ações similares submetidas a julgamento e o debate contínuo sobre esse tema tão complexo, levaram-me a novas reflexões e à reformulação do meu entendimento, como adiante será exposto.

Vejamos.

Efetivamente, nenhum direito da obreira foi violado pela Administração. Por certo ela se beneficiou da força, da destreza e do tempo da trabalhadora, mas, em contrapartida, despendeu recursos para remunerar o seu empregador, conforme o contrato. Logo, não há ação ilícita capaz de dar ensejo à responsabilidade da 2ª ré.

E igual sorte está reservada à tese da omissão da ECT.

Ao contrário da esfera particular, em que se permite fazer tudo o que a lei não veda, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Agindo de outra forma, o gestor se expõe ao risco de o seu ato ser declarado inválido, e ser punido no âmbito disciplinar, penal e civil, conforme a situação.

O ordenamento não prevê o controle, pelo agente público, do modo como os funcionários terceirizados são comandados e remunerados pela sociedade prestadora de serviços, porquanto o risco do empreendimento é do licitante, devendo o Administrador se ater ao perfeito cumprimento do objeto do contrato. Por isso, diante da





inexistência de conduta prevista em lei, não há falar em omissão do gestor, nem sequer em culpa *in vigilando*.

Por outro norte, a hipótese de culpa *in eligendo* também se encontra afastada.

Os limites constitucionais à atuação do Poder Público, nos atos de contratação de – obras, serviços e compras –, são muito claramente discriminados no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Determina o constituinte que nos processos de licitação pública se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...] com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de *qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações* (sem grifos no original). O ato administrativo, portanto, é constitucionalmente vinculado no seu escopo, não podendo o administrador avançar os balizamentos postos, sob pena de ofensa à própria Constituição Federal.

É evidente o caráter prévio das qualificações técnicas e econômicas, como condição de habilitação ao concurso licitatório. Vencida essa etapa e proclamado o vencedor, a Administração está vinculada à contratação do participante melhor qualificado sob os dois aspectos. Além disso, é expressa a Carta Constitucional sobre os objetivos da qualificação: o cumprimento das obrigações pelo contratado. Naturalmente, em relação ao objeto licitado. Não se pode, pela via interpretativa, alargar os poderes do administrador para exigir dos licitantes mais do que a Constituição determinou.

A Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) destinou-se à regulamentação desse dispositivo constitucional. O art. 3º estabelece que, para garantir a eficiência e a impessoalidade na contratação, será selecionada a proposta mais vantajosa, por julgamento objetivo, após

serem convocados os interessados por edital, sendo vedada a cláusula, ou condição, que comprometa, restrinja, ou frustre, o caráter competitivo da licitação, ou estabeleça tratamento diferenciado de natureza trabalhista entre empresas brasileiras e estrangeiras. Em vista disso, constata-se que o formalismo impera e os atos inerentes ao procedimento licitatório são totalmente vinculados e desprovidos de discricionariedade. Portanto, incabível arguir a culpa do Administrador, se ele não escolhe livremente com quem contrata.

Em síntese, inexistente nexo de causalidade entre o comportamento do Administrador e a lesão ao direito da trabalhadora, motivo suficiente para eliminar da condenação a responsabilidade subsidiária da recorrente.

Entretanto, dois outros pontos merecem ser destacados: o desvio dos recursos públicos dos objetivos da coletividade para arcar com os encargos trabalhistas da empregadora insolvente, fato rotineiro, e a impertinência da aplicação do art. 37, § 6º – responsabilidade objetiva – à espécie.

Da análise de processos semelhantes, percebo haver um padrão nos litígios. De regra, a parte autora formula os seus pedidos na expectativa de ver declarada a revelia do oponente; a empregadora, em geral insolvente, mesmo chamada a se defender, ignora a lide; o ente público, alheio às circunstâncias do vínculo empregatício, sem saber o que é devido e o que foi pago, vem ao Juízo com os poucos recursos probatórios. No pior cenário, o da revelia, a defesa da Administração cai por terra, resultando em um prejuízo sem controle do erário. Acrescento a esse panorama a figura do Julgador obrigado a decidir a lide sem elementos concretos para formar a sua convicção.

Apliquei, em situações idênticas, e na esteira de ampla corrente jurisprudencial, o instituto constitucional do § 6º do art. 37 – a responsabilidade objetiva – para manter, no





pólo passivo, na condição de responsável solidário, o Ente público contratante. Entendimento, aliás, consubstanciado na Súmula n. 331 do C. TST.

Diz o aludido parágrafo:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...).

Convenço-me, agora, da impertinência dessa interpretação. Os contratados – aqui os responsáveis pela obrigação – não estão, como requer o aludido § 6º, prestando serviços públicos, nem seus agentes ou prepostos atuando nessa qualidade.

Por fim, registro, sem perder a noção do princípio da proteção do trabalhador que decerto influenciou a edição da Súmula n. 331 do TST, não ser possível atropelar a norma instituída pelo Poder Legislativo (art. 71 da Lei n. 8.666/1993) sem o risco de ferir o princípio da separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República.

Diante dessas reflexões, e, como disse, reconsiderando entendimento, dou provimento ao recurso para, aplicando o art. 71 da Lei n. 8.666/1993, excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da 2ª ré, ficando prejudicada a análise do recurso da autora.

Sustenta a reclamante, em suas razões recursais, que é inaplicável, no caso dos autos, o disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Assevera que o disposto na Súmula n. 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho não restringe o alcance e a eficácia de seu pronunciamento apenas às empresas privadas ou a particulares. Busca, assim, a reforma do julgado no que tange à responsabilidade subsidiária da segunda reclamada. Aduz, ainda, que as multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho devem ser acrescidas à condenação da segunda

reclamada. Esgrime com afronta aos arts. 71 da Lei n. 8.666/1993, 467 e 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho e com contrariedade à Súmula n. 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Ao exame.

Cinge-se a controvérsia a definir a existência de responsabilidade subsidiária do ente público, em face do inadimplemento, pela empresa contratada, dos direitos trabalhistas de seus empregados, quando comprovada a culpa *in vigilando* da administração pública, em face de sua omissão na fiscalização da execução do contrato administrativo.

Dispõe o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 que os encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato devem ser suportados pela empresa contratada, não se transferindo à administração a responsabilidade pelo seu pagamento. Eis o teor do referido dispositivo de lei:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º (vetado).

Nos termos do preceito legal transcrito, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, comerciais e fiscais resultantes da





execução do contrato não transfere para a administração pública a responsabilidade pessoal da empresa contratada. Tal dispositivo não impede, no entanto, que a administração pública seja responsabilizada de forma subsidiária, quando for comprovada a sua culpa na vigilância do cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa contratada.

A responsabilidade subsidiária da administração pública, na hipótese de culpa decorrente da omissão no acompanhamento da execução do contrato de emprego, decorre da observância aos princípios gerais de direito, dos quais se extrai que aquele que causa dano a outrem tem o dever de indenizá-lo na proporção e quantia do dano sofrido, e que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

Caso houvesse o legislador infraconstitucional pretendido afastar inclusive a responsabilidade subsidiária da administração pública, na hipótese de culpa *in vigilando* – que, conforme aduzido, tem como fundamento norma hipotética de validade do próprio ordenamento jurídico – assim o teria feito expressamente.

Destaque-se que a própria Lei n. 8.666/1993 determina que a administração pública, na escolha da melhor proposta, contrate aquela empresa que demonstre, dentre outros requisitos, **idoneidade financeira** (arts. 24, III, e 43, I e II, da Lei n. 8.666/1993). Impõe, ainda, o mesmo diploma legal, o dever de o ente público contratante fiscalizar o fiel cumprimento do contrato. Nesse sentido dispõe o art. 67 da Lei n. 8.666/1993 (os grifos foram acrescidos):

Art. 67. A execução do contrato deverá ser **acompanhada e fiscalizada** por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, **determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.**

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Conclui-se, do exposto, que, uma vez comprovado o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada e a omissão da administração pública quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo, deve o ente público responder de forma subsidiária pela lesão ao patrimônio jurídico do empregado.

O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 não autoriza a Administração Pública a valer-se da mão de obra oferecida por empresas contratadas inidôneas e ainda beneficiar-se da própria descuidada em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo. O já referido art. 71 deve ser interpretado sistemicamente, em consonância com o art. 67 da Lei n. 8.666/1993, de forma que inequívoca a obrigação da Administração Pública de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Cumprido ressaltar que nesse mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária de 24.11.2010, em que se julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, cujo objeto era o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Decidiu-se, na oportunidade, que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas não transfere para a administração pública a responsabilidade por seu pagamento, exceto quando comprovada a descuidada do ente público em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo. Tal conclusão encontra-se referida no Informativo n.





610 do STF, de seguinte teor (os grifos foram acrescidos):

Quanto ao mérito, entendeu-se que **a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.** Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado n. 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o *Verbete* n. 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o

Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC n. 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

Não é outro o entendimento que se colhe no âmbito desta Corte superior consagrado na Súmula n. 331, V, com a nova redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n. 174, de 24 de maio de 2011, nos seguintes termos:

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nesse contexto, resulta incensurável a decisão proferida pelo Tribunal Regional mediante a qual se afastou a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público, porquanto verifica-se que a Corte de origem não adota tese no sentido de que a segunda reclamada tenha se omitido na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda reclamada ao fundamento de que – *diante da inexistência de conduta prevista em lei, não há falar em omissão do gestor, nem sequer em culpa* in vigilando – (fl. 392) e de que – *inexiste nexo de causalidade*





*entre o comportamento do Administrador e a lesão ao direito da trabalhadora, motivo suficiente para eliminar da condenação a responsabilidade subsidiária da recorrente (fl. 394).*

Nesses termos, considerando que o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional encontra-se consonante com a jurisprudência pacífica desta Corte superior consagrada na nova redação da Súmula n. 331, V, inviável o exame da alegada afronta a dispositivos de lei federal e da Constituição da República, da aduzida contrariedade a enunciado de súmula do Tribunal Superior do Trabalho, bem assim da divergência jurisprudencial oferecida a confronto, nos termos do art. 896, §§ 4º e 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Resulta prejudicado o exame do recurso no tocante ao tema – responsabilidade subsidiária – abrangência.

Ante o exposto, **não conheço** do recurso de revista.

#### **ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 26 de setembro de 2011.

**Lélio Bentes Corrêa**  
**Ministro Relator**





# Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

**ASSÉDIO MORAL — SUPRESSÃO OU CRIAÇÃO DE DIFICULDADE DO DIREITO DE AMAMENTAR — INDENIZAÇÃO.** Empresa que dificulta ou impede a amamentação de nascituro, colocando a mãe como volante em locais diversos, além de impor-lhe curso em cidade diversa do seu domicílio, tudo com o fito de esvaziar a garantia legal, comete assédio moral. O aleitamento materno é de importância ímpar para a higidez física da criança, protegendo-a contra infecções, diarreias e doenças respiratórias (quem têm o risco aumentado sem a amamentação). Se a criança vem a contrair uma das patologias prevenidas pelo leite materno o assédio assume proporções grotescas e inaceitáveis, sendo absolutamente carente de justificativa jurídica, moral ou médica, a afirmação de que o aleitamento direto poderia ser substituído pelo armazenamento. Impedir a autora, mãe, de prestar assistência à filha recém nascida que encontra-se com problemas de saúde, e ainda acusá-la de utilizar-se desse expediente para não trabalhar, mormente quando a criança acaba vindo a óbito, sem ter em seus derradeiros dias, ao menos o conforto do calor materno, caracteriza o mais alto grau de desumanidade e de abuso, além de grave conduta lesiva a honra subjetiva da empregada.

## Processo RO n. 0003677-5.2010.5.12.002.2

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Itajaí, SC, sendo Recorrentes 1. Ondrepsb Serviço de Guarda e Vigilância Ltda. 2. Marilda Conceição Nascimento (Recurso Adesivo); Recorridos 1. Marilda Conceição Nascimento 2. Ondrepsb Serviço de Guarda e Vigilância Ltda.

Da sentença que considerou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, complementada pela decisão de Embargos de Declaração das fls. 151-153, recorrem as partes.

A ré apresenta recurso contra a decisão que lhe condenou ao pagamento de honorários de advogado e multa por litigância de má-fé.

A autora, por sua vez, recorre adesivamente, querendo a reforma do julgado para

que seja a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Somente a autora apresentou contrarrazões (fls. 165-167).

É o relatório.

## VOTO

Conheço dos recursos e das contrarrazões apresentadas, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

## MÉRITO

### 1 – Recurso da ré

#### 1.1 – Honorários advocatícios

A sentença condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 250,00.





Sustenta a ré que são indevidos os honorários advocatícios, visto que o autor não preencheu as exigências previstas na Lei n. 5.548/1970, nos termos do Enunciados ns. 219 e 329 do TST, já que não assistido pelo respectivo sindicato.

Assim, pede que a referida verba seja excluída da condenação.

A autora declarou sua hipossuficiência econômica. Não se encontra, porém, assistida por sindicato de classe.

Até recentemente, vinha entendendo pelo cabimento da cominação ao pagamento de honorários advocatícios, com fulcro, primordialmente, no art. 133 da CRFB), dentre outros fatores.

Por uma questão de política judiciária, adoto o posicionamento da maioria desta Câmara, que se filia ao entendimento de que os honorários advocatícios (assistenciais), não decorrem meramente da sucumbência, exigindo-se o atendimento dos requisitos previstos no art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970, que assim dispõe:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

As Súmulas ns. 219 e 329 do TST, pertinentes ao tema em apreço, assim dispõem, respectivamente:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores

a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. [...]

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, não estando a autora assistida por sindicato, é descabida a condenação ao pagamento da verba honorária.

Dou provimento ao recurso, no tópico, para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

## 1.2 – Litigância de má-fé. Multa

Na decisão proferida em sede de embargos declaratórios, fls. 151-153, o Juiz de primeiro grau impôs ao embargante-réu multa por litigância de má-fé no valor de R\$ 240,00.

Insurge-se o réu contra tal condenação, apontando contradição na sentença, a justificar a interposição daqueles embargos.

Nada há a reformar.

Os embargos de declaração opostos pelo réu às fls. 148-149, visava literalmente a revisão da decisão.

Não se verifica, porém, da argumentação trazida pelo então embargante qualquer dos vícios próprios de serem sanados pela via dos embargos. Pretendeu a parte a manifestação expressa quanto aos fundamentos apresentados quando do julgado do mérito.

O mero inconformismo da parte com o resultado do julgado não dá ensejo à oposição de embargos de declaração, que somente têm





cabimento quando ocorridas as hipóteses legais estabelecidas nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC, como já destacado, inexistentes no presente caso.

Afora isso, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio do livre convencimento motivado.

Em razão disso, estando fundamentada a decisão, presume-se que os argumentos contrários à conclusão judicial estão automaticamente refutados, não sendo necessária manifestação expressa a respeito. Pensamento diverso imputaria ao magistrado a obrigação de rebater um a um os argumentos das partes, tornando o processo um colóquio interminável entre o judiciário e os litigantes. Tal cenário refoge da estrutura jurídica brasileira, que estabelece caber às partes formular e rebater (autor e réu, respectivamente) o pedido e, ao juiz, dizer o direito.

Os embargos de declaração não constituem remédio próprio para a pretensão do embargante de rediscutir a matéria e reformar o julgado.

A oposição de embargos com o fito de obter a reforma da decisão embargada ou a proteção do feito, sem que haja omissão, contradição ou obscuridade, deve levar à imposição de multa, sobretudo quando o embargante inunda o Judiciário com dezenas ou centenas de expedientes do mesmo naipe e conteúdo. Embargos que contém em seu bojo pleito próprio à revisão do julgado e não à sua mera integração, constitui subversão da utilização do instituto jurídico, a impor o reconhecimento do caráter procrastinatório, com a imposição de sanção.

Nego provimento.

## **2 – Recurso adesivo da autora Assédio moral. Danos morais. Indenização**

A autora recorre adesivamente, requerendo a reforma do julgado para que seja a ré

condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Afirma que esteve em gozo de licença-maternidade no período de 4.10.2010 a 11.2.2010, e que após seu retorno passou a ser humilhada e assediada pela empresa, que determinou que trabalhasse em posto volante em cidades diversas, inviabilizando a amamentação da filha recém-nascida. Argumenta que a alteração da jornada e do local de trabalho ocorreu em flagrante prejuízo para si.

Aduz, ainda, que sua filha ficou doente e que, além que não lhe conceder as férias a que tinha direito, eis que já vencidas, a empregadora não permitia que se ausentasse do serviço quando chamada pela creche para atender a menor. Afora isso, exigiu da autora a frequência em curso de reciclagem na cidade de Florianópolis quando a criança já se encontrava enferma, e que, embora havendo a possibilidade de fazer o mesmo curso na cidade de domicílio da autora, a ré determinou que fosse feito em Florianópolis “por ser menos oneroso para a empresa”.

Finaliza dizendo que sua filha veio a óbito em razão de encefalite viral, na data de 28.3.2010, após internamento em UTI por 8 dias. Requer o pagamento de indenização por danos morais em razão de assédio moral, e também por ter sido obrigada a afastar-se do convívio de sua filha num momento decisivo para sua saúde.

A sentença rejeitou o pedido, por entender que não houve violação de qualquer atributo a personalidade, no caso em comento.

Pois bem.

A Constituição, ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, previu situações especiais nas quais a mulher recebe tratamento diferenciado do homem não em função da sua condição de mulher, mas de mãe, tais como na licença e estabilidade provisória da gestante (arts. 7º, XVIII, XX e 10, II, *b*, do ADCT). Outrossim, a dignidade





da pessoa humana e o valor social do trabalho são princípios fundamentais expressos no art. 1º da Constituição da República, sendo a saúde direito fundamental previsto no art. 6º da Carta Política.

Portanto a proteção à maternidade é um direito garantido as trabalhadoras.

Nesse contexto, embora não se possa estabelecer com certeza o nexos causal entre o quadro de saúde da menor Evelin Nascimento Lima (que culminou com o seu óbito) e a interrupção da amamentação quando do retorno ao trabalho da autora, é inegável que a situação lhe gerou enorme stress e abalo moral.

Há que se indagar, neste momento, se tal situação poderia ter sido evitada, ou, ao contrário, se a ré contribuiu de alguma forma para o seu agravamento.

Nesse ponto, a própria ré admite que, antes de a autora entrar em gozo de licença-maternidade, seu posto era fixo, e que após o seu retorno não foi reconduzida a seu posto, mas sim mantida como volante, uma vez que para recolocar a autora no mesmo posto, “a Ré teria que tirar a fixa e passá-la como volante” (fl. 105).

Assim, a autora foi encaminhada para a atividade de vigilante volante, prestando serviço em locais diversos do de seu domicílio. Com isso, foi-lhe retirado o direito de usufruir dos descansos especiais previstos no art. 396 da CLT<sup>(1)</sup>.

Tal intervalo tem, sem dúvida, o desiderato de resguardar, numa forma de extensão da proteção à maternidade, o recém-nascido, que necessita do leite materno como alimento essencial a sua formação e desenvolvimento.

Há que se destacar, para aplicação do artigo em epígrafe, que pressupõe-se que a empresa cumpra com a obrigação prevista no art. 389,

(1) **Art. 396.** Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

§ 1º da CLT<sup>(2)</sup>. Caso contrário, os descansos especiais **terão de ser dilatados** a fim de permitir que a empregada possa ir à creche distrital amamentar o filho e retornar ao serviço<sup>(3)</sup>.

Ademais, a distância a ser percorrida para chegar ao posto de trabalho também retirava da autora tempo que poderia ter sido utilizado nos cuidados da menor, privando-a da companhia materna.

É consenso entre a comunidade médica a importância do aleitamento materno exclusivo, pelo menos nos primeiros seis meses de vida.

Cito fragmento extraído de extenso artigo científico publicado no *Jornal de Pediatria do Rio de Janeiro*<sup>(4)</sup>:

O aleitamento materno parece exercer um efeito protetor contra outras infecções, além da diarreia e das doenças respiratórias.

Victora *et al.* encontraram um risco 2,5 vezes maior de morrer por infecções outras, além de diarreia e infecção respiratória, entre as crianças não amamentadas, quando comparadas com as crianças alimentadas só no peito. Há também algumas evidências indiretas que sugerem a proteção do leite materno contra infecções em geral. A experiência do Hospital Geral de Luzan, nas Filipinas, é uma delas. Naquele hospital a mortalidade por *sepsis* neonatal foi drasticamente

(2) **§ 1º** Os estabelecimentos em que trabalhem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

(3) SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho*: comentada. 43. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 490.

(4) GIUGLIANI, Elsa R. J. Amamentação: como e por que promover. *Jornal de Pediatria do Rio de Janeiro*, 70, p. 138-151, 1994. Disponível em: <[http://www.jpmed.com.br/conteudo/94-70-03-138/port\\_print.htm](http://www.jpmed.com.br/conteudo/94-70-03-138/port_print.htm)> Acesso em: 3.5.2011.



reduzida (de 13,6 para 0,6/1000) após programa de promoção do aleitamento materno, fazendo elevar as taxas de amamentação de 48% para 92%. Outro exemplo é o descrito por Mata *et al.*, que observaram uma queda da mortalidade por doenças infecciosas (4 vezes) em recém-nascidos da área rural da Costa Rica, após mudanças na rotina do berçário, favorecendo os índices de amamentação.

Mais recentemente, tem-se especulado uma associação entre tipo de alimentação da criança pequena e infecção urinária. Como base para esta especulação, encontra-se o estudo feito na Suécia, revelando que as crianças com o primeiro episódio de pielonefrite tinham um período de amamentação significativamente mais curto que os controles. Este achado foi reforçado com um estudo caso-controle realizado na Itália mostrando um risco diminuído (risco relativo = 0,38) de infecção do trato urinário entre crianças hospitalizadas de até 6 meses de idade e amamentadas no peito, exclusiva ou parcialmente, quando comparadas com as nunca amamentadas. Este risco foi ainda menor (risco relativo = 0,18) quando as crianças estavam sendo amamentadas na época da hospitalização.

Além de prevenir doenças no início da vida, o leite materno parece reduzir o risco de certas doenças crônicas ligadas ao sistema imunológico, como doenças autoimunes, doença celíaca, doença de Crohn e colite ulcerativa, *diabetes melitus* e linfoma.

Alergia alimentar também tem sido encontrada menos frequentemente em crianças amamentadas exclusivamente ao peito, e a dermatite atópica pode ter o seu início retardado com a alimentação natural.

Sob o ponto de vista nutricional, cada vez mais tem-se mostrado a superioridade do leite materno sobre os outros leites, uma vez que contém todos os elementos essenciais para o

bom crescimento e desenvolvimento das crianças, além de ser mais fácil de ser digerido.

Atualmente, a consciência da importância da amamentação faz com que diversas ações afirmativas (programas educativos dos profissionais de saúde, das gestantes, das puérperas e da população em geral, mudanças nas rotinas hospitalares, comunicação de massa, normas para comercialização de alimentos para lactentes, e ações de base comunitária) sejam implantadas no sentido de que as mães optem por essa modalidade de alimentação de seus filhos.

É sob esta ótica que a legislação criou todo um aparato de proteção da mãe que trabalha, pois é ela que pode optar pela amamentação. A criança, ao contrário, não pode optar.

Destaco o parecer do Ministério Público do Trabalho (fls. 181-187), que expressamente ressalta a importância da amamentação para a vida saudável do recém-nascido: Entende-se claramente que o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade é medida de prevenção importante a fim de que o recém-nascido não contraia encefalite (fl. 26), pois estará imunizado.

O aleitamento materno confere proteção e diminui a gravidade das infecções, motivo pelo qual deve ser privilegiado. O leite materno possui anticorpos que proporcionam imunidade para a criança contra doenças até que seu sistema imunológico esteja desenvolvido (por volta dos seis meses de vida).

**[...] A empresa impediu a reclamante de amamentar corretamente sua filha e esta contraiu a doença que roubou sua vida (grifo do original).**

Nesse contexto, a ré não somente retirou da mãe uma prerrogativa que a lei lhe garantia, mas também feriu de morte a criança que dependia exclusivamente desse conjunto de elementos protetivos destinados a assegurar-lhe o direito de sobreviver, de crescer sadia





física e mentalmente e de ter uma boa qualidade de vida.

Acrescenta, ainda, a Sra. Procuradora do Trabalho: A sentença refere em fl. 143 “que era perfeitamente factível que a autora cumprisse seu dever médio de mãe e armazenasse sob refrigeração seu próprio leite para ministração à criança nas suas ausências, mas também negligenciou neste sentido”. Data venia, a empresa violou o art. 396 da CLT em dias alternados, não se podendo afirmar que a reclamante soubesse ou pudesse prever quais seriam os dias em que não poderia amamentar. De outra parte, o congelamento do leite destrói células ativas benéficas ao bebê e reduz os níveis das vitaminas B6 e C. o armazenamento do leite materno não muda essencialmente o valor nutricional desse leite, mas as propriedades imunológicas são reduzidas em muitas das técnicas de armazenagem (fls. 185-186).

Sob outro aspecto, embora em contestação a ré alegue que concedeu à autora um período de férias após a licença-maternidade, tal período foi de apenas 7 dias, já que o retorno da licença-maternidade se daria em 4.2.2010, e a autora reiniciou o labor em 11.2.2010.

Dentre as verbas rescisórias, foram pagas, além das férias proporcionais (rubrica 340), férias vencidas (rubrica 325), conforme consta do TRCT da fl. 128. Chama a atenção deste julgador o valor pago sob a rubrica 325 – férias vencidas, qual seja, R\$ 769,06, sendo o salário da autora de R\$ 777,52. Ora, se as férias já haviam sido pagas através do recibo da fl. 117, qual a razão desta duplicidade? Logo, conclui-se que, tendo a autora solicitado o gozo de férias logo após a licença-maternidade, tal pedido lhe foi negado, eis que houve pagamento a esse título com as verbas rescisórias.

Ainda, novamente foi admitido pela ré que o único motivo de exigir a frequência em curso de reciclagem em outra cidade, diversa daquela do domicílio da autora, “foi em razão de ser menos oneroso pela empresa” (*sic*, fl. 108).

Quanto à asserção, em defesa, de que a autora não teria feito pedido para realização do curso na cidade de Itajaí, a testemunha Marcelo Granville afirma que (fl. 137): presenciou a autora pedido ao fiscal para fazer o curso em Itajaí, ao que fora negado porque os treinamentos são feitos na CEFAP; inclusive a autora fez a oferta de pagar do próprio bolso o curso acaso fosse permitido que ela fizesse em Itajaí, cujo motivo alegado pela autora foi para possibilitar que ela amamentasse a filha; na oportunidade Odenilson inclusive disse que se a autora se recusasse a fazer o curso seria dispensada por justa causa.

Finalmente, quanto ao assédio moral, a mesma testemunha supracitada confirma que (fls. 136-137): foi empregado da demandada como vigilante no período de maio 2009 a mar. 2010; nunca trabalhou nos postos de serviço junto com a autora, mas houve um período em que prestou serviços na base de Itajaí, ocasião em que um determinado dia presenciou a autora no início do expediente se reportando ao fiscal Odenilson que não poderia trabalhar porque sua filha estava doente, ao que aquele respondeu que a autora estava usando argumento da doença da filha para não trabalhar, tanto que não liberou a autora naquele dia; em outra oportunidade Odenilson falou para a autora que se ela não tivesse contente que pedisse a conta; Cumpre ressaltar que, por ser interno, incapaz de ser mensurado e consistir em ofensa a valores humanos, não é possível nem necessário provar o dano moral em si. Deve ser demonstrada a existência dos fatos que lhe deram causa, sendo as respectivas consequências presumidas com base em regras de experiência comum.

No que concerne à conduta lesiva dos representantes da ré, tenho que restou comprovada pela prova testemunhal trazida aos autos pela reclamante.

O poder diretivo do empregador lhe impõe exigir dos empregados um agir profissional



que esteja de acordo com as exigências de mercado, até porque, se assim não fizer, poderá levar o empreendimento ao fracasso e com ele a perda dos postos de trabalho.

Porém, uma coisa é o direito; outra é seu abuso.

Impedir a autora, mãe, de prestar assistência à filha recém-nascida que encontra-se com problemas de saúde, e ainda acusá-la de utilizar-se desse expediente para não trabalhar, caracteriza grave conduta lesiva a honra subjetiva da autora, ainda que não fosse presenciada por outras pessoas.

Mesmo que a prova oral produzida nos autos não tivesse apontado nesse sentido, todo o conjunto de atos articulados pela ré e fartamente demonstrados, ainda que isoladamente pudessem ser vistos como lícitos, em seu conjunto constituem fonte de extensa angústia para a autora, em razão do resultado danoso que sobreveio.

Assim, importante considerar o que preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, incs. V e X, e, art. 7º, inc. XXVIII *ipse*: É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ademais, reza o art. 186 da Lei n. 10.406, de 10.1.2002 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por certo, portanto, que o comportamento do agente que desrespeita a ordem jurídica, causando prejuízo a outrem – pela ofensa a bem ou direito deste –, gera a responsabilidade civil, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado; é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade,

devido o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos (danos) acarretados.

Esta responsabilidade também existe no âmbito das relações de trabalho porque, se a dignidade de qualquer pessoa é inviolável (art. 5º, X, da CF), no âmbito do contrato de trabalho, essa inviolabilidade assume expressão de maior relevo, porque o empregado depende da sua força de trabalho para sobreviver.

Na doutrina, cumpre ressaltar a obra de Márcia Novaes Guedes, intitulada *Terror Psicológico*, em que citando Marie-France Hirigoyen, esta entende por assédio moral no local de trabalho toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho<sup>(5)</sup>.

Na hipótese dos autos, resta patente a intenção do empregador em obrigar a demandante a pedir demissão, em vista das dificuldades que lhe foram impostas diante de sua condição de lactante.

As provas carreadas para os autos deixam patente a existência da mencionada prática, concluindo-se que o procedimento empresarial foi ilegal, desleal, arbitrário, afrontando a dignidade do ser humano.

Quanto à reparação civil dos danos morais, tem a finalidade de constituir um **lenitivo** ao dano causado. Isso porque, em dano moral, não se admite a restituição do bem lesado. Assim, nas palavras de Zenun<sup>(6)</sup>:

não se paga e não se indeniza a dor, o sofrimento, os sentimentos do lesado, mas

(5) HIRIGOYEN, Marie-France. In GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico*. São Paulo: LTr, p. 32/33.

(6) ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de janeiro: Forense, 1995. p. 58.





reparam-se as consequências desses antecedentes [...].

Pelo sucedâneo econômico, ou em dinheiro, chega-se à reparação do dano moral por meios indiretos, isto é, proporcionando ao lesado uma satisfação causada pelo prazer, pela diversão, ou por outro meio que seja capaz de amenizar a dor ou o sofrimento.

Esse lenitivo deve atentar para o critério principal disposto na legislação civil para a fixação de indenização, qual seja, o da **extensão do dano**. Dispõe expressamente o art. 944 do CC que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Claro, tratando-se de danos ao patrimônio imaterial, é impossível uma equivalência exata entre o dano e o valor da reparação. Todavia, a extensão do dano pode ser dimensionada mediante a análise dos seguintes aspectos: a) o bem jurídico lesado; b) dimensão temporal da lesão; c) repercussão do ato ilícito; d) condição pessoal da vítima.

Extrai-se do escólio de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo<sup>(7)</sup>:

A medida da extensão do dano poderá estabelecer-se sob a análise de diversos aspectos.

O primeiro e mais evidente é o **aspecto da dignidade humana atingido**. Ou seja, a lesão à vida tem uma extensão maior que a lesão à liberdade sexual (v. g., estupro), que, por sua vez, supera uma lesão à honra objetiva (como o protesto indevido de título, por exemplo).

[...] Outro aspecto que deverá ser levado em conta ao medir-se a extensão do dano para fins reparatórios é a sua **dimensão temporal**, ou seja, o tempo de duração ou mesmo definitividade do dano. Se o dano é definitivo (v. g., Tetraplegia), deverá ser reparado de forma mais abrangente que um dano passageiro (v. g. publicação única na

imprensa) ou do que aquele sujeito à correção (v. g., lesão estética sujeita a correção via cirurgia plástica).

No que concerne às **condições pessoais da vítima**, afirma o jurista supra citado que deverá o juiz individualizar a lesão no contexto da vítima a fim de quantificar o dano. Deverá apreciar suas perdas específicas, em todos os aspectos de suas vida, sejam profissionais, familiares ou sociais.

Aí, também, o fator idade deverá ser levado em consideração.<sup>(8)</sup> No caso em tela, não há dúvidas de que a autora sofreu grave abalo à sua integridade psíquica causado pela sucessão de atos praticados pela empregadora, quais sejam, recusa na concessão de férias após a licença maternidade, colocação da autora em posto volante impedindo – a de amamentar a filha por longos períodos, não concessão do intervalo previsto no art. 396 da CLT, encaminhamento para realizar curso em cidade distante, quando a menor já se encontrava enferma, assédio moral traduzido pela acusação de que a autora se utilizava da doença da filha para não trabalhar, dentre outras atitudes indignas e reprováveis imputadas à ré, que atingiram diretamente a autora.

Assim, apesar de o óbito da filha Evelin não ter sido diretamente causado pela ré, resta evidente que o intuito da empresa era forçar um pedido de demissão, impondo à genitora longos períodos de separação. Nesse sentido, para sempre restarão na consciência da mãe que perdeu a filha as perguntas: *Minha presença teria alterado o curso fatal da doença? Não deveria eu ter dedicado integralmente meu tempo aos últimos dias de minha filha?* Posto isso tudo, entendo que deve ser fixada indenização de caráter ressarcitório, além de pedagógico, ora arbitrada em 100 (cem) vezes o valor do salário da autora, provendo o apelo inicial.

(7) BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 166-8.

(8) *Op. cit.*, p. 198.





Determino, ainda, a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, com cópia desta decisão, para as providências que entender cabíveis, inclusive, eventualmente, na esfera criminal, caso se entenda cabível.

Pelo que, ACORDAM os Juízes da 6ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, CONHECER DOS RECURSOS. No mérito, por igual votação, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RÉU para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios; por maioria, vencida a Exma. Juíza Ligia Maria Teixeira Gouvêa, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 100 (cem) vezes a última

remuneração da autora. Custas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pela ré sobre o valor da condenação alterado para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 5 de julho de 2011, sob a Presidência da Exma. Juíza Ligia Maria Teixeira Gouvêa, os Exmos. Juízes Maria de Lourdes Leiria e José Ernesto Manzi. Presente o Exmo. Procurador do Trabalho Alexandre Medeiros da Fontoura Freitas.

Florianópolis, 13 de julho de 2011.

**José Ernesto Manzi**  
**Relator Ministério Público do Trabalho**





# Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

TRANSFERÊNCIA PROVISÓRIA DE EMPREGADO PARA ATENDER NECES-SIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA. RETORNO AO LOCAL A CADA 15 DIAS. ADICIONAL DEVIDO. Transferência provisória do empregado implica no recebimento do respectivo adicional. O fato de o autor permanecer em local diverso do que resultou do contrato, hospedando-se em alojamento da empresa a fim de atender interesse econômico exclusivo do empregador, por período de 15 dias a cada 45, descaracteriza a manutenção de domicílio, pois evidente que neste período fica completamente afastado do meio familiar e social em que convive. Inteligência do § 3º do art. 469 da CLT e aplicação da OJ n. 113 da SDI-I do C. TST.

Processo TRT/15ª Região n. 0161300-64.2008.5.15.0125

## RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente: **Usina Carolo S.A. – Açúcar e Alcool**

Recorrido: **José Luiz de Barra Júnior**

Inconformada com a r. sentença (fls. 263-270) que julgou **parcialmente procedentes** os pedidos, recorre a **reclamada** (fls. 272-277). Insurge-se contra a condenação ao pagamento de adicional de transferência, alegando que referida verba está condicionada à efetiva mudança de domicílio do empregado, o que não ocorreu com o reclamante. Aduz ter restado comprovado nos autos que o autor não se ativava em funções perigosas, sendo indevido o pagamento de adicional de periculosidade. Requer o prequestionamento da matéria, alegando violação à Súmula n. 364 do C. TST. Pugna pela redução do valor arbitrado a título de honorários periciais para

R\$ 1.200,00, informando que a perita já havia soerguido honorários prévios.

Contrarrazões (fls. 284-287).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

## VOTO

### 1. Do conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** do recurso.

### 2. Do adicional de transferência

A sentença deferiu o pagamento da verba em epígrafe, contra o que se insurge a reclamada.

Entretanto, não tem razão.

Na inicial o autor alegou que foi contratado para trabalhar na sede da reclamada, localizada no município de Pontal e região, mas que





durante os anos de 2004 e 2005 “era transferido para a cidade de Araxá/MG a cada 45 dias, permanecendo nessa cidade por 15 dias” (fls. 4-5).

Embora a reclamada, em contestação, tenha negado a alegada transferência, aduzindo que o autor laborou especificamente na cidade de Pontal/SP, admitiu que “poderia sim ter efetuado algum trabalho em outra cidade, mas por poucos dias e **não de forma contínua**” (fl. 40 – g. n.).

O autor, em depoimento pessoal, ratificou as alegações exordiais, informando que “quando trabalhava em Araxá dormia em um alojamento localizado atrás de um posto de gasolina; 4) não recebia correspondências em Araxá; 5) trabalhou em Araxá por 15 dias a cada 45 nos períodos de junho de 2003 a janeiro de 2004, somente”. (fl. 259).

A reclamada, por sua vez, limitou-se a aduzir, em depoimento pessoal, “que 1) não sabe dizer onde o reclamante ficava quando trabalhava em Araxá; 2) não sabe dizer quanto tempo era gasto do alojamento em Araxá até o local de trabalho; 3) não sabe dizer em que período o reclamante trabalhou em Araxá; 4) não sabe dizer quais eram os horários da jornada praticada em Araxá; 5) não sabe dizer se havia transporte público que servisse o percurso entre o alojamento e o local de trabalho em Araxá; 6) não sabe dizer se o reclamante trabalhou em Araxá. Nada mais” (fl. 259), o que equivale à confissão quanto à matéria em comento.

No que tange à alegação de que não houve mudança de domicílio, cumpre salientar, como bem consignou o Juízo de Origem, que “o pressuposto da mudança do domicílio previsto no *caput* do artigo deve ser interpretado como condição de o trabalhador ter que permanecer no local de transferência sem a possibilidade de retorno diário ao local de sua

residência original, de modo a condicionar a sua vivência social ao novo local enquanto durar a transferência. É o que ocorre quando o trabalhador é colocado em alojamento durante o período da transferência” (fl. 265), pois, em referidos períodos ele fica provisoriamente afastado da sua casa, da sua família, da sua própria vida.

Assim sendo, diante da confissão patronal quanto ao trabalho realizado em Araxá-MG, ante a provisoriedade da transferência, e uma vez constatada a mudança temporária de domicílio, restou incontroversa a transferência provisória do autor para prestar serviços em outra localidade, de sorte que faz jus ao recebimento do adicional pleiteado, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 469 da CLT, *in verbis*:

“§ 3º *Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação*” (g. n.).

Assim sendo, com fundamento no § 3º do art. 469 da CLT, não há amparo para a reforma pretendida, pelo que decido **negar provimento**, nesses termos fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

### 3. Do adicional de periculosidade

**A reclamada requer a exclusão da condenação ao pagamento de adicional de periculosidade, alegando que as funções desenvolvidas pelo reclamante não eram perigosas.**

Pois bem.

O laudo pericial constatou que o autor, ao exercer as atividades de mecânico de manu-





tenção industrial, “– realizava a manutenção em redutores, bombas e exaustores, – utilizava na limpeza das peças e produtos: **óleo diesel, solupan, soda cáustica e graxa** quatro (4) vezes por dia, permanecendo de **01:00 à 1:30h** na atividade, – eventualmente usava o **maçarrico** (oxigênio + acetileno) no corte de chapas e desmontagem de peças, – trabalhava na manutenção da fábrica e armazém de açúcar realizando desmontagens e montagens de peças utilizando os equipamentos e produtos de limpeza já especificados acima, – realizava manutenção na **destilaria** (sapatas de turbina), **dornas e caldeira** (gaxetas, juntas e rolamentos) e das bombas de ácido permanecendo em cada local de **40 a 45 minutos**, às vezes na caldeira (fls. 17/foto 03) permanecia o dia inteiro dependendo da necessidade dos serviços, – realizava manutenção nas bombas do setor de sulfitação, permanecendo de 01:00 a 2:00h no local e sentia um forte cheiro de gás desprendido na operação (fls. 17/foto 17/07), – realizava manutenção no setor de tratamento de cal virgem 2 vezes por semana e afirma que existia muita poeira no local (fls. 18/foto11/12), – realizava manutenção nas bombas do tanque de soda cáustica (fls. 17/foto 2)” (fls. 215-216 – grifos no original).

Os paradigmas entrevistados na vistoria realizada confirmaram as alegações obreiras, tendo Edgar Aparecido Crivelaro, técnico de segurança do trabalho, informado que “concorda com as afirmações do Reclamante sobre os serviços de manutenção em redutores, bombas, gaxetas, sapatas e centrífuga de levedura nos respectivos setores, (...) que o reclamante se deslocava em locais perigosos dependendo da necessidade” (fl. 216), o que foi ratificado por José Fernando F. Stropa, mecânico de manutenção, ao alegar que o reclamante “na safra realizava serviços na caldeira, destilaria, dornas e fábrica de açúcar

e na entressafra nas bombas de água e ácidos; (...) **realizava manutenção preventiva diariamente em diversos setores e na caldeira permanecia durante 1 hora**; confirma o trabalho do reclamante com graxa, óleo diesel, solupan e outros produtos de limpeza;” (fl. 217 – g. n.).

O perito consignou que a reclamada “6.1 – representada pelo engenheiro de segurança Dr. Eugênio da Rocha de Andrade, concorda com as afirmações com as afirmações do reclamante: 6.2 – **concorda com o perito sobre as atividades do reclamante em áreas de risco e considerada-as como perigosas;**” (sic – fl. 216 – g. n.)

Importante destacar que na vistoria realizada pelo expert foi constatado que o “reclamante executava serviços de manutenção em máquinas e equipamentos nos setores especificados sem as devidas **ordens de serviços e a irregularidade no fornecimento de alguns EPIS**” (fl. 218 – grifos no original), tendo concluído, quanto ao adicional de periculosidade, que:

#### “9.4 – **Conclusão:**

9.4.1 – Considerando que a reclamada não possuía as **ordens de serviços;**

9.4.2 – Considerando que o reclamante não foi contratado para as funções e atividades descritas no item 5, sendo a oficina mecânica o seu local de início de trabalho, não envolvia contato direto com inflamáveis, mas deslocava-se de maneira **intermitente** em áreas de risco;

9.4.3 – Considerando a Lei n. 7.369/1985, que instituiu o adicional para empregados do setor de energia elétrica, revogada pelo Decreto-lei n. 93.412, de 14.10.1986 – Art. 2º inciso II – “ingresse, de modo intermitente e habitual, em áreas de risco, caso em que o adicional incidirá sobre o salário do tempo despendido pelo empregado na execução de atividade em condições de





periculosidade ou do tempo à disposição do empregador, na forma do inciso I deste artigo”;

9.4.4 – Considerando que existem características similares entre o contato permanente e intermitente com materiais perigosos, o que permite uma equiparação entre as duas modalidades, mas como este **não tem hora para ocorrer**, poderá atingir o reclamante que frequentemente estava na área de risco (diariamente de 40 a 45 minutos);

9.4.5 – Considerando as informações obtidas dos entrevistados e o fato da reclamada reconhecer a periculosidade nas suas atividades;

9.4.6 – Considerando as informações obtidas dos entrevistados e o fato da reclamada reconhecer a periculosidade nas suas atividades;

9.4.7 – No meu entendimento se a Reclamada não possuir as **planilhas e ordens de serviço** que comprovem o contrário, o reclamante terá o direito de perceber o **adicional de periculosidade** integral ou proporcional aos períodos trabalhados. Estava exposto ao **fator risco de forma regular no ato de realizar atividades nas áreas de risco (destilaria, caldeiras e outros)**, revelando-se a **habitualidade da exposição ao agente perigoso**, ficando a decisão final por conta de Vossa Excelência.” (fls. 219-220 – grifos no original)

Ao responder a impugnação da reclamada, confirmou que o reclamante “estava exposto ao risco de forma regular (diariamente) no ato de realizar atividades em áreas de risco (destilarias, caldeiras e outros), revelando-se a habitualidade da exposição ao agente perigoso” (fl. 244), circunstâncias atraem o disposto na Súmula n. 364 do C.TST, *in verbis*:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE.

I – *Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco.* Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

II – A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.” (g. n.)

Importante consignar que o perito designado para atuar no presente feito apreciou de maneira abrangente a questão referente à caracterização da periculosidade em face dos agentes perigosos apontados na inicial, não tendo a reclamada apresentado contraprova técnica hábil para desconstituir a conclusão supracitada, de sorte que a mera discordância em relação aos resultados consignados no laudo pericial não autoriza, por si só, a invalidação da diligência.

Destarte, não merece reparo a decisão de piso que julgou procedente o pedido referente ao pagamento do adicional de periculosidade e reflexos (fls. 263-264), pelo que decido **negar provimento**, nesses termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

#### 4. Dos honorários periciais

Nos termos do art. 790-B da CLT, a “responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”. Assim sendo, e em consonância com o que foi expandido no item 3 desta fundamentação, compete à reclamada arcar com o referido pagamento.





Ressalte-se que o montante de R\$ 1.400,00 fixado na Origem (fl. 270), além dos R\$ 300,00 referente aos honorários periciais prévios depositados na guia de retirada judicial n. 316/2009 e autenticado sob o n. 030550000808 1014-0 (fls. 166 e 230) é compatível com a complexidade dos trabalhos realizados, o que torna indevida a redução pretendida, pelo que decido **negar provimento**, nesses termos

fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer e negar provimento** ao recurso.

**Tereza Aparecida Asta Gemignani**  
**Desembargadora Federal do Trabalho**  
**Relatora**







# Jurisprudência

---

## Sentenças





# 1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté

Processo n. 44500-10.2008 1

## 1. RELATÓRIO

AMARA DE ARAÚJO CUNHA e LÍLIAN MAURA DE ARAÚJO CUNHA ajuizaram ação indenizatória em face de DISNEY APARECIDO DA SILVA, JOSÉ CIELMAR BETTIN e TAUBATÉ MOTOS LTDA., alegando, em síntese, serem as legítimas sucessoras de Miguel Nunes da Cunha, morto em 22.1.2007, em razão de acidente de trabalho havido em obra de construção civil nas instalações da 3ª ré, sob a responsabilidade do segundo réu (José Cielmar), quando era o *de cuius* empregado do 1º réu (Disney Aparecido), de quem recebera ordens para se deslocar às dependências da 3ª ré com vista à realização de serviços (fl. 5). O falecimento deu-se por traumatismo crânio-encefálico, após queda do telhado do estabelecimento, onde o trabalhador executava serviços, sem quaisquer equipamentos de proteção individual. O 2º réu arcou com as despesas de funeral do *de cuius* e nada mais. Aduziu caber à 3ª reclamada o dever de fiscalizar a atividade dos seus contratados, inclusive o 2º réu, de modo a coibir a prática de condutas ilícitas ou perigosas; e, porque isso não foi feito, deu-se o falecimento do *de cuius*. Evocaram os arts. 421 e 422 do NCC e apontaram os prejuízos da morte do *de cuius* para a economia familiar (danos materiais), ante o rendimento mensal de R\$ 541,20 que aproveitava ao lar e se estenderia por mais 12 anos (morreu com 58 anos), considerando-se a expectativa média de vida de 70 anos;

pediram, por isso, indenização à base de dois terços dos rendimentos mensais do finado, no importe equivalente a 0,94 do salário mínimo, por todo o período expectado, mediante constituição prévia de capital (art. 475-Q/CPC). Apontaram também os danos morais advindos do falecimento (tanto para a esposa como para a filha), reclamando indenização correspondente de 75 salários mínimos para cada autora. Deduziram-se, assim, os pedidos de fls. 13-14, dando-se à causa o valor de R\$ 66.579,70. Juntaram procurações e documentos.

Em audiência, colheram-se as contestações de 1º reclamado (“carta de esclarecimento” de fl. 51) e da 3ª reclamada (fls. 59-76, arguindo a incompetência material da Justiça do Trabalho e *de meritis* afirmando basicamente que houvera de fato contratado o 2º réu para reparos no telhado do prédio onde está instalada, mas que “não necessitava o de cujus subir no telhado – havia um carpinteiro para o exercício dessa função –, não recebeu qualquer ordem para tanto”, e “[o]s demais funcionários, bem como os Representantes das Requeridas não tinham conhecimento de que o *de cuius* subiu no forro, fazendo-o por sua conta e risco, sendo o único responsável pelo acidente que o vitimou, já que não cumpriu ordens”). O 2º réu contestou verbalmente, à fl. 46, nos termos do art. 847 da CLT (na qual tentou transferir responsabilidades para terceira pessoa, de nome Dirceu). Réplica verbal à fl. 47.



Afastou-se desde logo a preliminar de incompetência material, com base no preceito do art. 114, VI, da CRFB e na jurisprudência hoje pacífica do C.TST e do próprio C.STF (fl. 47).

Dispensados os depoimentos pessoais, ouviu-se uma única testemunha, comum às autoras e à 3ª reclamada. Determinou-se a expedição de ofício ao 4º DP/Taubaté, requisitando cópia do inteiro teor dos autos de inquérito policial instaurado para apurar os fatos *sub judice*, e encerrou-se a instrução processual. **O ofício jamais foi expedido, por inexplicável mora da Secretaria.** Tomando-lhe as vezes, as próprias autoras providenciaram as cópias e as fizeram juntar às fls. 89-123, seguindo-se a intimação das partes para manifestação e razões finais.

Razões finais escritas pelas autoras às fls. 135-145, com documentos novos relativos à ação judicial movida pelo Ministério Público Estadual em face do 2º réu, José Cielmar Bettin, por incurso nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º, do CP (homicídio negligente), tramitando pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté (fls. 147-151).

Razões finais escritas pela 3ª reclamada às fls. 155-159, insistindo na tese da culpa exclusiva da vítima.

Partes impossíveis. Última tentativa às fls. 48-49, recusada pelas partes.

É o relatório. *DECIDO.*

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, anoto que houve **injustificável demora** da Secretaria desta 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, que recebeu ordem para diligência em **5.6.2008** e **até fevereiro de 2009** (quase *um ano depois*) ainda não o havia expedido. A despeito da lhanza e boa vontade do patrono das autoras (que chega a registrar, à fl.86, sua compreensão, ante a “invencível demanda jurisdicional que avoluma dema-

siadamente a carga de trabalho os órgãos do Poder Judiciário”), é certo que uma demora dessa ordem não se explica, senão pelo descaso ou pelo esquecimento. *Atente a Secretaria, em futuras oportunidades. Na reincidência, poderei apurar responsabilidades administrativas, porque o que está envolvido em casos como o desses autos são verbas de caráter nitidamente alimentar.* Nesses, mais que em outros quaisquer, não se justificam omissões desta ordem.

*Renumerem-se as folhas dos autos a partir da fl. 149 (página saltada).*

No que toca à alegada incompetência material, reporto-me ao que decidido à fl. 47 e à própria jurisprudência dominante no Excelso Pretório (v., por todos, STF, Conflito de Competência n. 7.204-1/MG, rel. Min. Ayres Britto), para manter a rejeição da preliminar.

Registre-se ser assim mesmo em se tratando de *sucessores* do trabalhador falecido, como também reconheceu o Supremo Tribunal Federal (e.g., RE-ED n. 482.797, RE-ED n. 541.755 e RE-AgR n. 507.159), levando ao **cancelamento** da Súmula n. 366 do STJ (CC n. 101.977, rel. Min. Teori Zavascki).

Quanto à regular representação processual, importa observar que, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n. 6.858/1980,

*“[o]s valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento” (g. n.).*





É regra de direito material sucessório; logo, estabelece a *legitimidade ativa* em ações em que se reclamem direitos do *de cujus*, independentemente da natureza dos créditos pendentes entre empregado e empregador (i.e., se de natureza civil ou estritamente trabalhista).

Nesses casos, portanto, é de rigor *providenciar, desde logo, certidão dos dependentes do de cujus habilitados perante a Previdência Social*, o que não se fez nestes autos (e se poderia ter feito, por cautela). Ocorre, porém, que neste processo são reclamados **créditos próprios** de Amara de Araújo Cunha e de Lílian Maura de Araújo Cunha, decorrentes do direito (em tese) às indenizações por danos morais e materiais devidas pela morte do *de cujus*, danos esses suportados *por elas próprias*, autoras (e não pelo *de cujus*). Daí porque, a nosso sentir, *não se aplicam as regras sucessórias da Lei n. 6.858/1980*, mas apenas as regras de titularidade própria que adiante exporei. Ademais, ainda que assim não fosse, é certo que não houve qualquer impugnação até este momento, o que afasta eventual dúvida sobre a legitimidade das autoras para reclamar os créditos *sub judice*.

Sem outras questões preliminares ou prejudiciais que não se confundam com o mérito, e não havendo prescrição a ser reconhecida (art. 219, § 5º, do CPC), ingresso ao *meritum causae*.

No mérito, anda mal a 3ª ré quando se pretende parte irresponsável neste processo. Com efeito, não há se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª ré, mesmo porque a matéria confunde-se, nesse particular, com o próprio *meritum causae* (existência ou não de responsabilidade patrimonial). A legitimidade *ad causam* é, por assim dizer, a **pertinência subjetiva da lide** (Alfredo Buzaid); tal pertinência está presente *in tesse* (= teoria da asserção), pois a 3ª reclamada assumiu a

condição de **tomadora dos serviços** do *de cujus*. Tal fato é *incontroverso* nos autos, à vista da própria defesa (fl. 68, § 1º). E, de fato, foi *no seu ambiente do trabalho* (da 3ª ré) que se deu o acidente fatal. Nessa condição, a 2ª ré assume realmente a posição jurídica de *responsável solidária* pelos créditos que derivarem do acidente e vincularem o responsável principal, Cielmar Bettin (2º réu). Assim é, por força dos arts. 932, III, e 942, *caput* e parágrafo único, do NCC; e, porque se trata de hipótese de estrita *responsabilidade civil aquiliana*, evidentemente não se aplica a inteligência da OJ n. 191 da SDI-1/TST (relativa às responsabilidades *contratuais* do “dono da obra”) e de qualquer outra similar.

De outra parte, não se questiona, aqui, a existência de vínculo laboral entre 2ª reclamada e o *de cujus* (arts. 2º e 3º da CLT), já que não há indícios ou sequer alegação de fraude envolvendo diretamente o tomador. Ao que dos autos consta, tratava-se de uma modalidade **lícita** de prestação de serviços a terceiro (3ª ré). O que está em causa, porém, não é a liceidade *a se* do contrato de prestação de serviços, mas a **responsabilidade civil** que deriva de um acidente perfeitamente previsível e evitável. Nessas circunstâncias, tendo a 3ª ré contratado Cielmar Bettin para realizar reparos no seu telhado (fl. 68), e uma vez que Cielmar contratou o *de cujus* para a realização desses serviços (“o *de cujus* auxiliava o profissional na consecução dos reparos no telhado carpinteiro, sendo sua função jogar-lhe as telhas para a consecução da tarefa”), aquela primeira (Taubaté Motors) atuou, no contexto fático-jurídico, como *comitente* deste que lhe prestou os serviços (Cielmar); e, nessa condição, *responsabiliza-se* por todos os danos por ele causados a terceiros (*in casu*, ao próprio *de cujus*), durante ou em razão dos préstimos contratualmente acometidos. É insista-se a aplicação nua e pura da norma do art. 932, III, do NCC (c.c. art. 942, parágrafo único a



deflagrar a precitada **responsabilidade solidária** entre 2º e 3º réus).

Diga-se, a propósito, que essa responsabilidade é **objetiva**, nos termos do art. 933 do NCC<sup>(1)</sup>, pelos atos do preposto para os serviços de reparo (Cielmar). Mas, ainda que assim não fosse, responderia a 3ª reclamada por *culpa in vigilando* (art. 186 do NCC): com efeito, escolheu para lhe prestar serviços um empregado técnico e economicamente inidôneo. Sua condição precária revela-se na própria instrução trabalhista, à qual compareceu sem advogado e sem defesa escrita (fl. 46), valendo-se de evasivas que agridem o próprio teor da contestação da 3ª ré (*negando*, por exemplo, ter contratado o *de cujus*, quando a própria tomadora o admite à fl. 68); e, depois, na denúncia formalizada pelo Ministério Público Estadual, dando conta da “inércia decorrente de comodismo, descaso ou displicência”, eis que o prestador de serviços, de que dependia o *de cujus* para o desempenho de suas fainas, *absteve-se* “da providência necessária de fornecimento e exigência de uso de capacete (tipo presilha) e de cinto de segurança, [...] obrigatório em atividades realizadas em altura superior a dois metros”. A escolha, portanto, foi infeliz, recaindo sobre quem desenvolvia suas atividades de modo perigoso e irresponsável, o que combinando-se com a qualidade do serviço exigido e as peculiaridades do ambiente de trabalho (reparo em telhado, vãos entre vigas, etc.) – levou ao desfecho fatal. Houve, ainda, *culpa in omitendo*, pois a 3ª reclamada “não tem condições de apresentar a cópia do projeto arquitetônico da reforma, eis que tal documento não existe, haja vista o fato de que apenas providenciava o reparo do telhado que tinha sido danificado e, por tal motivo também não tem os memo-

(1) “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos” (g.n.).

riaes descritivos da obra, artigo do responsável da obra. [...] Também não tem caderneta e diário de obra, nem cópia de registro da vítima junto à empresa” (declarações do proprietário da Taubaté Motors no 4º DP, fl. 118). Ora, se há **obra** – ainda que de *reparo e/ou de manutenção* de edifícios em geral (cf. item 18.1.2 da NR-18, aprovada pela Portaria MTb n. 3.214/1978) –, é *obrigatória* a sua comunicação prévia à Gerência Regional do Trabalho (item 18.2 da NR-18), assim como a sua devida documentação e uma série de cuidados ambientais que a 3ª ré não providenciou e nem zelou para que se providenciasse (v., e.g., itens 18.13.1 e 18.31); ademais, em se tratando de serviços de manutenção e reparo em *telhados*, cumpria precedê-los por “inspeção e [...] elaboração de Ordens de Serviço ou Permissões para Trabalho, contendo os procedimentos a serem adotados” (item 18.18.5 da NR-18), o que tampouco se fez. Impraticável, pois, de qualquer ângulo que se tome, a tese da “irresponsabilidade” da 3ª reclamada, que tenciona simplesmente “lavar as mãos”, qual Pilatos.

Inadmissível, insista-se.

Já não é assim com o 1º réu. Embora seja ele o *empregador formal* do *de cujus*, o fato é que toda a prova dos autos deixa-o *à margem* de qualquer participação no evento fatal, seja por ação, seja por omissão. Com efeito, Disney Silva era o empregador ao tempo da morte (fl. 21); mas o mesmo afirma, em sua defesa (fl. 51 – “Carta de Esclarecimento”), que contratara o *de cujus* por intermédio do próprio José Cielmar Bettin, empregado contratado por valor global (R\$ 81.725,00) para construir casa residencial de sua propriedade na Avenida Itália, 1553, em Taubaté. Com efeito, diz a cláusula 8.2 do contrato de empreitada de fls. 51-55 caber ao empregado (2º réu) “observar os cumprimentos das leis trabalhistas e previ-





denciárias, bem como as relativas à segurança do trabalho dos funcionários que serão registrados pelo CONTRATANTE”, i.e., pelo empreitante, ora 1º réu; mas isso tudo obviamente em relação ao objeto daquele contrato, que era “executar pelo regime de preço global, as obras de construção de uma casa, em terreno de propriedade do CONTRATANTE, localizado à Avenida Itália n. 1.553” (cláusula 1.1 – fl. 52). Logo, as atividades laborais prestadas a DISNEY pelo *de cuius* nada tinham com a empresa Taubaté Motors Ltda. (3ª ré), nem tampouco se revela nos autos qualquer relação, por mínima que seja, entre a Taubaté Motors e o próprio Disney. O único ponto de conexão entre ambos é dado por um hipotético “comentário” da viúva, que aparece à fl. 5 (mas que sequer foi reproduzido nos autos, de viva voz), no sentido de que “Disney Aparecido da Silva havia lhe ordenado [ao *de cuius*] que fosse até o endereço onde atualmente está instalada a loja comercial da terceira ré, pois lá José Cielmar Bettin lhe passaria algum serviço”. Essa ilação não resiste, porém, ao conjunto da prova dos autos, uma vez que:

(a) não há ligações funcionais ou orgânicas entre 1º e 3º réus, ao menos pelo que dos autos consta, o que torna inexplicável porque Disney remuneraria atividades laborais do *de cuius* perante terceiros, sem qualquer proveito para si (*princípio da razoabilidade*);

(b) o próprio Cielmar Bettin afirma, em sua defesa, que “Disney não tem qualquer culpa pelo ocorrido, pois só ficou sabendo do acidente por intermédio do próprio contestante” (defesa oral fl. 46);

(c) já na réplica, ademais, transparece a insegurança da imputação, pois o patrono já não se reporta diretamente a Disney Silva como o agente emissor da “ordem” para que o «*de cuius*» se deslocasse às dependências da 3ª reclamada, preferindo falar

genericamente dos “superiores” (“ordem dos seus superiores”, “ordem de superior”);

(d) a própria Amara de Araújo Cunha, 1ª autora, ouvida no 4º Distrito Policial de Taubaté (fl. 96), *não confirmou* o “comentário” que a petição inicial refere à fl. 5; ao revés, ponderou que “o marido costumava trabalhar no Condomínio Village, [...] na data dos fatos, um encarregado determinou a Miguel que fosse até a loja Suzuki – onde estava havendo uma reforma e lá auxiliasse um carpinteiro nos trabalhos”; e, adiante, que “às 12 horas, Miguel foi em casa almoçar e comentou que tinha recebido ordens para trabalhar na loja supra citada (contudo a depoente não sabe informar quem teria dado tal ordem)”.

Logo, **não é verdadeira**, pelo que está nos autos, a versão de que a viúva tenha ouvido do marido, pouco antes do acidente fatal, que o mesmo recebera ordens de Disney Silva para se deslocar à sede da 3ª reclamada; e, com essa constatação, termina por evanescer toda e qualquer conexão que pudesse existir entre o 1º réu e os fatos havidos na Taubaté Motors. A sua condição de *empregador* não engendrava a responsabilidade por *quaisquer danos* que sofresse o empregado, em quaisquer lugares e sob quaisquer circunstâncias; se, embora registrado por Disney, o *de cuius* prestou serviços em outro local, sem o seu conhecimento (condição afirmada à fl. 51 e sem contraprova nos autos), e ali se acidentou, a responsabilidade não pode recair sobre o empregador, apenas pelo *fato do registro* (fl. 21). O empregador assume os riscos do **seu negócio** (art. 2º, *caput*, da CLT) – no caso, aqueles ligados à obra na Avenida Itália, 1553 –, não os riscos de *qualquer negócio* a que se dediquem, fora do ambiente de trabalho e episodicamente, os seus empregados. Daí porque julgo a ação *improcedente* em relação a Disney Aparecido da Silva.

E, por fim, é mister aferir a própria responsabilidade de Cielmar Bettin, responsável



direto pela contratação do *de cuius* para os serviços que lhe tomaram a vida. Esta, de todas, é a mais óbvia nos autos. De fato, o 2º reclamado agiu com inegável incúria. Ao propor ao *de cuius* que o auxiliasse nos reparos junto à 3ª reclamada, valendo-se provavelmente da ascensão que tinha sobre o mesmo em função do contrato de empreitada de fls. 52-56 (obra da Avenida Itália, 1553, de propriedade do 1º réu, na qual o *de cuius* era servente e o 2º réu era empreiteiro – e, logo, o agente coordenador/subordinador eventual), Cielmar *oportunizou* a situação de perigo, **criando o risco** para Miguel Nunes da Cunha E, nessa alheta, tornando-se responsável por todas as suas concreções fenomenológicas<sup>(2)</sup> (como, na espécie, o acidente letal envolvendo Miguel); para esse efeito, ademais, não importava que houvesse entre Miguel e Cielmar vínculo empregatício (art. 3º da CLT): mercê da prestação de serviços, quem meramente os *coordena*, organizando a atividade empresarial (ainda que precariamente), já responde pelos danos causados, se não cuida de providenciar a quem lhe presta serviços as necessárias condições de saúde, segurança e higiene no trabalho.

Veja-se que Cielmar *nega* ter levado o *de cuius* às dependências da 3ª reclamada para a prestação dos serviços, buscando transferir essa responsabilidade para terceira pessoa, alheia aos autos, de nome Dirceu, “carpinteiro e empreiteiro” (fl. 46); e, nisso, a testemunha Mauro Silva em nada auxiliou nestes autos, pois afirmou “não sabe[r] dizer exatamente quem enviou o reclamante [*rectius*] ao local, se foi Dirceu ou se foi Cielmar” (fl. 48). No mais, entretanto, a prova dos autos é **robusta** no sentido de que o mandante e responsável

(2) Nesse sentido, cf. FELICIANO, Guilherme G. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005, itens 1.2.2 e 1.2.3 (valendo ressaltar que a teoria da imputação objetiva não é uma *teoria penal*, mas uma *teoria de responsabilidade jurídica*).

pela obra fora mesmo Cielmar, ao contrário do que tenta fazer crer à fl. 46. Com efeito, a própria Taubaté Motors Ltda. afirma, com todas as letras, que “[a] Requerida Taubaté Motors contratou empreitada do segundo Requerido José Cielmar Bettin para reparos no telhado do prédio onde está instalada. [...] No exercício da profissão de servente o *de cuius* auxiliava o profissional [Cielmar] na consecução dos reparos no telhado – carpinteiro –, sendo sua função jogar-lhe as telhas para a consecução da tarefa” (fl. 68). O mesmo foi dito por Rodrigo Ramos Roman, proprietário da 3ª reclamada, nos autos do inquérito policial: “[a] pesar de não haver contrato entre as partes, disse que **Cielmar** era o responsável pelo reparo no telhado e quem também escolheria quem seriam os funcionários que executariam a obra” (fl. 123); logo, é **falsa** a afirmação da defesa, no sentido de que Cielmar teria recusado o serviço e indicado para ele o empreiteiro Dirceu (fls. 46 e 120-121).

Ademais, a própria testemunha Mauro afirmou, perante a autoridade policial, que “a pessoa para quem Miguel trabalhava tem o prenome de Silmar [*rectius*]”, não sendo, pois, o mesmo prestador de serviços para o qual trabalhava o próprio Mauro (Dirceu). Isso se deu em **14.11.2007**; mas em **5.6.2008**, nesta 1ª Vara do Trabalho, *modificou seu depoimento*, afirmando desconhecer a pessoa para quem trabalharia Michel. Tal incongruência de depoimentos é, para dizer o mínimo, suspeita. Assim, para os devidos esclarecimentos (porque uma omissão intencional de fatos conhecidos perfaz, em tese, *crime de falso testemunho*, tal como capitulado no art. 342 do Código Penal), *oficie-se ao órgão local do Ministério Público Federal, com cópia desta sentença e dos documentos de fls. 46-49 e 82-83, nos termos do art. 40 do CPP, com vistas à apuração da conduta de Mauro Luiz da Silva, em especial quanto à omissão superveniente de informação prestada perante a autoridade policial.*





Sendo certo, pelo exposto, que Miguel Nunes da Cunha *mourejava nas dependências da 2ª reclamada sob as ordens* – ainda que eventuais – de Cielmar Bettin, há que ver se o acidente fatal, *oportunizado* pelo seu exercício empresarial (a saber, empreitada de reparo em telhado não documentada por instrumento contratual [fl. 123]) – circunstância esta geradora do **risco proibido** (reparo civil em telhado sob condições irregulares) que se converteu em **dano** –, deu-se também por *culpa* sua.

E é fato que se deu. Como já se antecipou alhures, o empreiteiro Cielmar Bettin – assim como a tomadora de serviços (3ª reclamada), igualmente responsável pelo meio ambiente de trabalho onde se instalou a obra de reparo – **negligenciou** uma série de cuidados que a normativa administrativa em vigor *impõe* a todo empreendedor no ramo da construção civil, independentemente das dimensões econômicas de seu negócio (logo, a normativa *ab initio* alcança tanto a grande empresa de construção civil como também o pequeno empreendedor individual, porque lida com a *preservação da vida humana*). A negligência foi de tal monta, aliás, que, no momento do acidente, Cielmar *sequer estava no local supervisionando os serviços*, segundo narrou a testemunha Mauro Silva à fl. 48. E, não bastasse, a despeito de se ter fornecido capacete e do cinto *apenas* a Mauro Silva (fl. 48), foram **negligenciadas** as seguintes providências:

- não houve comunicação prévia da obra ao Ministério do Trabalho, com as informações do item 18.2.1 da NR-18, e nem tampouco a sua competente documentação (*supra*), inclusive para aferição dos riscos;
- não há notícia de dispositivo trava-quedas no local dos reparos (vide denúncia do Ministério Público Estadual às fls. 147-148);
- não se providenciou *proteção coletiva* no local onde havia risco de queda (área de

reparo do telhado), contrariando-se o item 18.13.1 da NR-18;

– o reparo no telhado não foi precedido de inspeção e de ordens de serviço ou permissões com o detalhamento dos procedimentos a se adotar, contrariando-se o item 18.18.5 da NR-18;

– após o acidente fatal, o local não foi isolado para fins de inspeção pericial policial e técnico-laboral (veja-se o laudo criminalístico à fl. 112: “Salientamos que quando dos exames o local encontrava-se prejudicado tendo em vista que os danos já haviam sido reparados”), contrariando-se o item 18.31, *b*, da NR-18, o que perfaz indício veemente da chamada *culpabilidade reativa* (em especial da 3ª reclamada, proprietária do espaço, que deveria ter providenciado a interrupção das atividades até o periciamento policial e ministerial).

Diga-se, a propósito, que, se acaso providenciadas, bastariam uma ou duas das medidas acima para impedir ou controlar o acidente, mesmo que admitíssemos como *verdadeira* a tese principal da defesa (i.e., a de que o *de cujus* fora contratado para trabalhar no chão, mas *deliberou sponte sua subir ao telhado*, sabe-se lá para que finalidade [?!], e terminou projetado em queda livre); tese que, aliás, não está suficientemente provada nos autos (a testemunha Mauro Silva não viu o *de cujus* receber ordens para subir ao telhado, mas também sequer o conhecia, viu-o pela primeira vez no local de trabalho e não poderia afirmar o que lhe foi determinado nos entendimentos diretos com Cielmar; ademais, a sua própria oitiva desafia alguma cautela, considerando-se a contradição há pouco exposta – sobre quem houvera contratado Miguel Nunes –, o que motivará a expedição de ofício ao MPF). Com efeito, *ainda que o de cujus espontânea e inexplicavelmente houvesse subido ao telhado* (e por isso não portasse EPIs próprios), a queda possivelmente não teria sido



fatal, se houvesse **equipamento de proteção coletiva** no local dos reparos, conforme item 18.13.1 da NR-18. Da mesma maneira, se o empreiteiro Cielmar houvesse diligentemente permanecido no local da obra para o efeito de coordená-la (para isso, aliás, a figura do empreiteiro), teria podido evitar qualquer “ato perigoso” a que acaso se lançasse o *de cuius*. O fato marcante, neste caso, é que, a par da ausência de equipamentos de proteção individuais (para Miguel) e coletivos (em geral), **não houve tampouco fiscalização de segurança na obra**: Cielmar estava ausente (di-lo com todas as letras a testemunha Mauro) e a Taubaté Motors Ltda., tomadora dos serviços, não se preocupou com este “detalhe”. Eis o resultado.

Ademais, e não bastasse, é certo que o próprio *caput* do art. 7º da CRFB ressalva, em relação aos direitos do seu elenco, “outros que visem à melhoria de sua condição social”, mesmo se previstos na legislação infraconstitucional ou até mesmo na normativa regulamentar.

Daí se falar, amiúde, em *hierarquia dinâmica* das normas jurídicomateriais trabalhistas – o que, diga-se, é *especialmente verdadeiro* em sede labor-ambiental. Por conseguinte, a previsão de indenização às expensas do empregador, “quando incorrer em dolo ou culpa” (regra), **não afasta a possibilidade de responsabilidade civil objetiva**, atrelada à *natureza do risco* da atividade desenvolvida pelo empregador, quanto a legislação ordinária assim dispuser. Em matéria de acidentes do trabalho e entidades mórbidas (moléstias profissionais e doenças do trabalho), duas hipóteses legais de *responsabilidade civil objetiva* são sobretudo encontradas: a do novel art. 927, parágrafo único, do NCC (quanto às atividades econômicas que criem, para os trabalhadores, um *risco/ônus abstratamente grave* conquanto *inerte* em relação aos demais membros da

coletividade, *ut* Enunciado n. 38 do CEJ<sup>(3)</sup>; e a do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, que dispõe:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (*g. n.*).

Nestes autos, as constatações já apontadas, quanto aos descumprimentos da NR-18, dão evidências bastantes de **desequilíbrio labor-ambiental**, a atrair a incidência da norma do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 (= responsabilidade civil objetiva por desequilíbrio sistêmico). Ademais, não fosse por isso, poder-se-ia chegar à mesma conclusão pelos próprios **riscos inerentes** das atividades na construção civil, desde que se admita, para a hipótese, a **aplicação direta da norma do art. 927, parágrafo único, do NCC**, *independentemente* de incremento ou da criação de riscos proibidos. Trata-se de reconhecer, para todo o segmento da **construção civil**, a *obrigação in abstracto de ressarcimento com base em responsabilidade civil objetiva*, pelo seu risco social inerente e à margem de qualquer prova ou indício de culpa ou culpabilidade. Nesse sentido, aliás, pronunciou-se já o próprio TRT da 15ª Região (conquanto termine por identificar, no aresto, as hipóteses do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 – *ex vi* do art. 225, § 3º, da CRFB – e do art. 927, parágrafo único, do NCC, que todavia não se confundem):

“ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. DANO DECORRENTE DO MEIO AMBIENTE DO

(3) Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.





TRABALHO. DEVER DE INDENIZAR, INDEPENDENTE DE DOLO OU CULPA. RECONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 225, § 3º, CF E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa Brasileira (art. 1º, CF). Traduz-se, em essência, na necessidade de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo quando trabalhador, destinatário de maior interesse público. Dentre os direitos fundamentais de dignidade do trabalhador insere-se, indiscutivelmente, o de um ambiente de trabalho seguro e adequado, capaz de salvaguardar, de forma eficaz, sua saúde e segurança. Esse é um dever do Estado e de toda sociedade, mas sobretudo do empregador, a quem compete proteger e preservar o meio ambiente de trabalho, com a implementação de adequadas condições de saúde, higiene e segurança que possam, concretamente, assegurar ao empregado sua dignidade plena, em consonância com o desiderato constitucional. Ao dever de preservação do meio ambiente (art. 225, CF) – assim entendido, também, o meio ambiente do trabalho – se contrapõe a obrigação de reparação de danos, quando decorrentes da responsabilidade civil. A evolução na dogmática, após alongados debates e à vista do art. 927 do CC, trouxe para o tema a teoria do risco, segundo a qual nos casos em que a atividade da empresa implique naturalmente risco aos trabalhadores, é objetiva a responsabilidade do empregador pelos danos causados, vez que oriundos do meio ambiente do trabalho, dispensando, por isso mesmo, comprovação de dolo ou culpa patronal. Assim sendo, verificado que o acidente laboral insere-se nas hipóteses naturais do risco da atividade empresária, é do empregador o dever de indenizar, em face da sua responsabilidade objetiva no evento” (TRT 15ª Reg., RO, Proc. n. 00496-2006-050-15-

00-0, 047673/2007-PATR., 4ª Câmara, rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, in DJU 21.9.2007 – g. n.).

É bem o caso, eis que as **quedas** são realmente *típicas* da atividade empresária desenvolvida pelo 2º réu (item 18.13.1 da NR-18).

Assim, seja pelo viés da **responsabilidade subjetiva** (ante as negligências constatadas), seja pelo viés da **responsabilidade objetiva** (ante o desequilíbrio labor-ambiental, ou ainda ante o risco inerente das atividades de construção civil), é mister reconhecer a **responsabilidade civil** de 2º e 3º réus pela morte do *de cujus*.

O que me leva à apreciação dos pedidos.

Na dimensão ontológica, pedem-se indenizações por danos morais e materiais (fls. 13-14), esses últimos apenas na modalidade *dos lucrum cessans* (fl. 9), mesmo porque se comprovaram gastos com tratamento médico e afins (= *damnum emergens*).

E, de fato, verificaram-se.

Quanto aos danos morais, deve-se entender que a respectiva indenização *não pressupõe* demonstração cabal do sofrimento psíquico, moral ou social do autor. Há hipóteses que dispensam essa demonstração, por ser evidente o sofrimento moral (*praesumptio hominis*) como, por exemplo, a morte de um *ascendente* ou *descendente*, no exato e recorrente exemplo de Cahali<sup>(4)</sup>. E é precisamente esse o caso dos autos. Ademais, considerando-se o grau de culpa das pessoas naturais envolvidas (culpa de natureza *grave*) e a capacidade econômico-financeira dos réus solidários (em especial a da 3ª reclamada, que tem capital social de R\$ 200.00,00 [fl. 79] e giro financeiro presumido bem maior do que isso, considerando-se o tipo de bens que comercializa), DEFIRO uma INDENIZAÇÃO POR DANOS

(4) CAHALI, Yussef Sahid. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, *passim*.



MORAIS, *ut art.* 5º, V e X, da CRFB, c.c. art. 186 do NCC, que fixo, nos limites do pedido (art. 460/CPC), em 75 salários mínimos legais federais para cada autora, totalizando R\$ 81.750,00 (= 75 x 2 x R\$ 545,00).

Já no que toca aos **danos materiais** (= *lucrus cessans*), as autoras pedem uma pensão civil. Tal pensão é devida, já que, ao que dos autos consta (fato alegado e não controvertido, *ut art.* 302, *caput, in fine*, do CPC, c.c. art. 769 da CLT), Miguel Nunes era o responsável pelo sustento da mãe e também de sua filha maior; e, falecido, cessou de sustentá-las. Ao contrário do que alega a 3ª ré à fl. 73, aliás, as indenizações civis por morte não se regem pelo art. 16, I, da Lei n. 8.213/199<sup>(5)</sup> (que é exclusiva para pensões previdenciárias); a regra aplicável, ao revés, é a que se infere da leitura conjunta dos arts. 948, II, e 1694 do NCC:

“**Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima” (*g. n.*).

“**Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação

de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia” (*g.n.*).

Com efeito, a 2ª autora, Lílian Maura de Araújo Cunha, conquanto maior de 21 anos, é *vendedora autônoma* (o que não lhe garante ganhos fixos ou mesmo ganhos quaisquer comprovados nos autos), sustenta uma filha menor impúbere (Milena Aparecida da Silva – fl. 32) e, separada judicialmente, aparentemente não recebe alimentos do ex-cônjuge (o que afasta a hipótese do art. 1704 do NCC), mesmo porque *residem todos no mesmo imóvel* (Rua Antonio Celidônio Monteiro, 42, Chácara Guisard, Taubaté [fls. 2, 18 e 26]), aquele outrora mantido pelo *de cuius*.

Intuitiva e presuntiva (art. 335/CPC), portanto, a **dependência econômica** da filha Lílian (e, por ela, da própria neta Milena, parente incapaz do falecido), atraindo-se a norma do art. 1696 do NCC: “*O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros*” (*g. n.*) ainda que o descendente seja maior de 21 anos, *si et quando* estiver presente a *necessidade* do alimentando e a *possibilidade* do alimentante (art. 1695/NCC), que neste caso passa a ser substituído pelos causadores e/ou oportunistas da morte (*ut art.* 948, II, do NCC). Cabia às reclamadas, se o caso, demonstrar que (a) Lílian não vivia com o pai e nem dependia economicamente dele; e/ou que (b) Lílian e/ou sua filha percebem pensão alimentícia do ex-marido da primeira. Mas nada disso se provou; resulta verdadeira, portanto, mercê da própria distribuição do ônus da prova (art. 333, II, do CPC), a condição de dependência econômica da 2ª autora, tal como alegada no exórdio. Registre-se, porém, tratar-se, nesta parte, de **obrigação rebus sic stantibus**, nos precisos termos do art. 1.699 do NCC<sup>(6)</sup>; afinal,

(5) “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.”

(6) “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz,



também ao que dos autos consta, a 2ª autora é capaz de trabalhar e pode eventualmente vir a estabilizar-se em sua vida econômica, com condições de dar sustento a si próprio e à filha.

Desse modo, para calcular a pensão civil, considero a **proporção** sugerida à fl. 9 (2/3 = 0,67), porque os ganhos do autor serviam ao sustento de três pessoas no lar; e desse modo reputo, por um lado, irrelevantes os ganhos da filha, e desprezo, por outro, o fato de que a rigor a proporção correta seria de 3/4 (i.e., 0,75), em virtude da existência de uma quarta pessoa, a neta; atendo-me, porém, mais uma vez ao pedido e à sua *causa petendi* (art. 460 do CPC). E **considero**, por outro lado, o último salário do *de cujus* (R\$ 541,20 – fl. 25), *sem vinculação* ao salário mínimo (art. 7º, IV, *in fine*, da CRFB, e Súmula Vinculante n. 4 do C.STF), para *deferir a INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS (= lucros cessantes)*, *condenando a 1ª reclamada ao pagamento de PENSÃO MENSAL CIVIL no valor de 360,80/mês, em partes iguais para as autoras, a vigor entre os meses de março de 2008 (mês da distribuição da ação, ut art. 219, caput, do CPC, c.c. art. 883, in fine, da CLT) e de outubro de 2020 (mês em que o de cujus completaria setenta anos de idade, cf. fl. 17: nascido em 4.10.1950), ut art. 950 do NCC c.c. art. 8º, parágrafo único, da CLT. A pensão será reajustável anualmente pelo INPC acumulado.*

Quanto à expectativa média de vida em casos como este, tenho utilizado o índice superior aproximado da expectativa média de vida da população brasileira ao tempo da propositura da ação, segundo as tabelas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Para 2007, o valor divulgado era de 72,7 anos<sup>(7)</sup>; projetou-se para cima em 2008 (ano

---

conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

(7) Fonte: IBGE (cf., p. ex., <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL771092-5598,00-EXPECTATIVA+DE+VIDA+DO+BRASILEIRO+SOBE+PARA+ANOS+DIZ+IBGE.html>).

da propositura da presente ação). Neste aspecto, porém, tenho também de me ater ao pedido (art. 460/CPC), que trabalha com a expectativa média de *setenta anos*. Daí os termos do cálculo dos danos materiais na modalidade lucros cessantes, com previsão de pensões da distribuição da ação até o 13º aniversário da morte (o *de cujus* faleceu com 57 anos [fl. 26]; 70a – 57a = 13a). Como se disse, ademais, acolhi a proporção sugerida na petição inicial, de *dois terços* dos derradeiros rendimentos contratuais, considerando-se a *unidade familiar* então formada (*ut* art. 228/CRFB), composta por três pessoas maiores (marido, esposa e filha, sendo as duas últimas pessoas economicamente dependentes, o que insistiu-se não foi refutado por provas hábeis).

Para essa pensão civil, alfim, *determino* que se proceda à **CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL para o pensionamento**, nos termos do artigo 475-Q, *caput* e § 1º, do CPC, c.c. art. 769/CLT, em importe não inferior a **R\$ 60.975,20** (= R\$ 360,80 x 13 [12m + 13º] x 13 [= 70a – 57a à data da propositura da ação])<sup>(8)</sup>.

Nem se diga, de resto, que eventual benefício acidentário recebido junto ao INSS (pensão por morte) pudesse *minorar* a indenização deferida (por danos morais ou pelo período estabilitário).

A uma, os direitos em testilha – um, benefícios do RGPS, e outro, indenização por danos civis – têm financiamentos diversos e vêm previstos de modo plenamente autônomo nos arts. 6º e 7º, XXVIII, da CRFB, o que denota a sua **coexistência independente**, sem que a percepção de um deles interfira no pagamento do outro. A duas, é da jurisprudência, *mutatis mutandi*, que

“A pensão devida pelo empregador em virtude da perda ou redução da capacidade laboral não se confunde ou pode ser com-

---

(8) Considerando-se os meses, de mar. 2008 (inclusive) a out. 2010 (inclusive) haveria exatos 12 anos e oito meses de pensões.





pensada com o benefício previdenciário decorrente do mesmo evento, porquanto de distintas naturezas jurídicas. A primeira obrigação, por seu fundamento, está limitada ao tempo em que a vítima perderia naturalmente sua capacidade laborativa.

Razoável, nesse sentido, sua restrição à data em que o trabalhador completaria sessenta e cinco anos” (TRT 12ª Reg., RO-V 09161-2005-034-12-00-3, Ac. 3ª T. 10796/07, rel. Lígia Maria Teixeira Gouvêa, j. 26.6.2007 – g. n.).

Incabível a verba honorária de sucumbência, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o *ius postulandi* das partes ainda remanesce na Justiça Obreira, e nos termos das Súmulas ns. 329 e 219 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo pressuposto – assistência por sindicato da categoria profissional – não está atendido no caso em tela. Diga-se, a propósito, que não se trata de “repristinar” coisa alguma, como se vem sustentando, por que

“o § 10 do art. 789 da CLT, ao mencionar a assistência judiciária ao ‘trabalhador desempregado’ e ao trabalhador de baixa renda, estabeleceu disposição específica a par da geral (‘trabalhador’ em sentido amplo) constante no *caput* do art. 14 da Lei n. 5.584/1970. Logo, neste particular, houve incidência do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e não do § 1º do art. 2º da LICC. Portanto, o referido dispositivo permaneceu em vigência, mesmo com o advento das referidas leis (Lei n. 10.288/2001 e Lei n. 10.537/2002). Logo, não há que se falar em impossibilidade de repristinação (art. 2º, § 3º, da LICC) – já que sequer houve revogação. Por esta razão ainda prevalece o entendimento de que um dos requisitos para a concessão dos honorários advocatícios é a assistência do sindicato da categoria profissional. Vale destacar que este entendimento está sedimentado na Orientação Jurispru-

dencial n. 305 da SDI-I do TST, que foi publicada no Diário da Justiça em 11.8.2003. Ou seja, após o advento da Lei n. 10.537/2002, confirmando que o entendimento ora esposado ainda prevalece, não obstante toda a discussão acerca da revogação e repristinação dos mencionados dispositivos da Lei n. 5.584/1970” (TRT 9ª Reg., RO 06972-2006-028-09-00-8, Ac. 4ª T. 35943/07, rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, in DJPR 7.12.2007, p. 726 – g. n.).

Não há, ademais, pedido de indenização sucedânea (art. 404/NCC).

**Defiro os benefícios da Justiça Gratuita**, no que couber, por observadas as condições das Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70 (fls. 33/34; caberia aos réus demonstrarem a eventual inveracidade das declarações de pobreza: art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.115/1983).

Pelas irregularidades trabalhistas identificadas, em especial quanto à NR-18, **oficie-se à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego**, em São José dos Campos, com cópia desta sentença, do termo de audiência e dos documentos de fls. 89-123 e de fls. 146-151, para ciência, fiscalização e imposição das penalidades pertinentes (consignando, no ofício, o CPF do 2º réu e o CNPJ do 3º réu). **Oficie-se à 2ª Vara Criminal de Taubaté** (fl. 150), **com cópia desta sentença**, para ciência. Desnecessária a expedição de outros ofícios quaisquer (Cap. PROV da CNCR-15ª Reg.).

Diante da natureza dos títulos deferidos que perfazem, na integralidade, verbas de natureza indenizatória (danos morais e materiais) –, **não haverá retenções fiscais ou previdenciárias** (arts. 3º e 6º, IV, da Lei n. 7.713/1988; art. 28, I, *a contrario sensu*, da Lei n. 8.212/1991). Com efeito, *não incide IRPF sobre indenização por danos morais*, diante da pacificação dessa derradeira matéria no âmbito do C.STJ (Recurso Especial n. 1.152.764-CE [2009/0150409-1], rel. Min. Luiz Fux, j. 23.6.20109) – no que *modifico*



## entendimento que antes<sup>(9)</sup> *in verbis*: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO

(9) *In verbis*: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 686.920/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.10.2009, DJe 19.10.2009; AgRg no Ag 1021368/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.5.2009, DJe 25.6.2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 4.2.2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 12.11.2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 8.10.2008, DJe 5.3.2009; REsp 402035/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17.5.2004; REsp 410347/SC, desta Relatoria, DJ 17.2.2003). 2. *In casu*, a verba percebida a título de dano moral adveio de indenização em reclamação trabalhista. 3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, a *fortiori*, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. 4. ‘Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto. (...) Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a ‘indenização’, qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, incorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática. (...) Atente-se para a necessidade de, em homenagem ao princípio da legalidade, afastar-se as pretensões do fisco em alargar o campo da incidência do imposto de renda sobre fatos estranhos à vontade do legislador’”. (MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, p. 174/176). 5. O art. 535 do CPC

ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 686.920/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.10.2009, DJe 19.10.2009; AgRg no Ag 1021368/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.5.2009, DJe 25.6.2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 4.2.2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 12.11.2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 8.10.2008, DJe 5.3.2009; REsp 402035/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17.5.2004; REsp 410347/SC, desta Relatoria, DJ 17.2.2003). 2. *In casu*, a verba percebida a título de dano moral adveio de indenização em reclamação trabalhista. 3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, a *fortiori*, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. 4. ‘Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto. (...) Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a ‘indenização’, qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, incorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática. (...) Atente-se para a necessidade de, em homenagem ao princípio da legalidade, afastar-se as pretensões do fisco em alargar o campo da incidência do imposto de renda sobre fatos estranhos à vontade do legislador’”. (MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, p. 174/176). 5. O art. 535 do CPC

Sentença *liquida* para os efeitos do art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

### 3. DISPOSITIVO

*Ex positis*, JULGO TOTALMENTE IMPROCEDENTE a ação em face de Disney Aparecido da Silva, para **absolvê-lo** de tudo quanto imputado, e PARCIALMENTE IMPROCEDENTE em face de José Cielmar Bettin e de Taubaté Motors Ltda, para **condená-los**, em regime de **solidariedade passiva** (arts. 275 a 285 do NCC), a pagar às autoras Amara de Araújo Cunha e Lilian Maura de Araújo Cunha, em partes iguais, dentro de quinze dias após a decisão

resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008” (g. n.).



homologatória (sob as penas do art. 475-J, *caput*, do CPC, c.c. art. 769 da CLT), os seguintes títulos (líquidos para os efeitos do art. 459, parágrafo único, do CPC):

(1) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, *ut* art. 5º, V e X, da CRFB, c.c. art. 186 do NCC, no valor total de R\$ 81.750,00;

(2) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS (= lucros cessantes), correspondente a PENSÃO MENSAL CIVIL no valor de 360,80/mês, a vigor entre os meses de março de 2008 e de outubro de 2020, reajustável anualmente pelo INPC acumulado.

Para o pagamento da pensão civil do item 2, os réus condenados procederão à CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL, nos termos do art. 475-Q, *caput* e § 1º, do CPC, c.c. art. 769/CLT, em importe não inferior a R\$ 60.975,20.

Nada a compensar (art. 767/CLT).

TURMA, julgado em 21.5.2009, DJe 25.6.2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 4.2.2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 12.11.2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 8.10.2008, DJe 5.3.2009; REsp 402035/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17.5.2004; REsp 410347/SC, desta Relatoria, DJ 17.2.2003). 2. In casu, a verba percebida a título de dano moral adveio de indenização em reclamação trabalhista. 3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, *a fortiori*, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. 4. ‘Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou im-

puro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto. (...) Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a ‘indenização’, qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, inocorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática. (...) Atente-se para a necessidade de, em homenagem ao princípio da legalidade, afastar-se as pretensões do fisco em alargar o campo da incidência do imposto de renda sobre fatos estranhos à vontade do legislador. (MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Regime tributário das indenizações*. São Paulo: Dialética, p. 174/176). 5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008” (g. n.).

*Providencie a Secretaria a renumeração das folhas dos autos, como acima determinado.*

Juros de mora a partir da propositura da ação, na forma da lei (art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177/1991). Correção monetária a partir das épocas próprias (para a indenização por danos morais, out. 2007, mês do falecimento; para a pensão civil, os respectivos meses de vencimento). *Providencie a Secretaria a imediata*





*atualização dos créditos, para fins de pagamento espontâneo em 15 dias a partir da intimação.*

À vista da natureza dos títulos deferidos, não haverá descontos fiscais ou previdenciários (arts. 3º e 6º, IV, da Lei n. 7.713/1988; art. 28, I, *a contrario sensu*, da Lei n. 8.212/1991).

Expeçam-se os ofícios determinados na motivação (SRTE/SJC, MPF, 2ª Vara Criminal de Taubaté).

Custas, por 2º e 3º reclamados (solidariamente), sobre o valor total da condenação (R\$ 142.725,20), no importe de **R\$ 2.854,50** (art. 789, *caput*, CLT).

Intimem-se as partes.

Taubaté, data *supra*.

**Guilherme Guimarães Feliciano**  
**Juiz do Trabalho**







# Índice Geral

---





## Doutrina

**A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** 1. Introdução: a antiga redação do item IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC n. 16-DF em que se julgou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. 2. A terceirização no Brasil, em geral e na Administração Pública. A evolução de seu tratamento legal e jurisprudencial. 3. A modificação da jurisprudência do STF quanto à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal e seus efeitos sobre a aplicação da Súmula n. 331, item IV, em sua redação original. 4. O verdadeiro teor do julgamento da ADC n. 16-DF e suas consequências sobre a responsabilidade patrimonial da administração pública nas terceirizações. 5. A ponderação dos princípios dos direitos e dos interesses públicos e privados em contraste e a apuração da responsabilidade extracontratual dos entes públicos nos casos de terceirização de serviços. 6. A questão da distribuição do ônus da prova entre os litigantes. Considerações finais. Referências ..... 15

**Direito fundamental de ação trabalhista.** 1. O temor de propor a ação como um valor jurídico. 2. Vetores positivos e negativos da ação trabalhista. 2.1. A coletivização das demandas trabalhistas. 2.1.1. Aspectos polêmicos das demandas coletivas: atos dispositivos, litispendência e coisa julgada. 2.2. A garantia de indenidade. 2.3. A prescrição – o receio de propor ação trabalhista e a prescrição das pretensões nascidas em alterações intercorrentes do contrato de emprego. 2.3.1. A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional. 2.3.2. A prescrição total e a possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição de pretensão fundada em nulidade.

2.4. Os métodos excludentes de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas – a arbitragem em conflitos individuais e as comissões de conciliação prévia. 2.4.1. A opção social pela judicialização dos conflitos – aspecto cultural. 2.4.2. A arbitragem. 2.5. A comissão de conciliação prévia. Conclusões. Referências bibliográficas ..... 43

**Despedir sem fundamentar é um direito do empregador?** 1. Desemprego: assimetria nas relações contratuais trabalhistas. 2. Aplicação horizontal dos direitos fundamentais e o devido processo legal no tema das despedidas. 3. A Constituição de 1988 e a não recepção da “denúncia vazia” dos contratos de emprego. Referências bibliográficas ..... 68

**Dever de gestão processual adequada.** Introdução. 1. Da gestão processual: poder ou dever? 2. Princípios constitucionais regentes das atribuições do juiz. 3. Da gestão processual. Conclusão. Referências ..... 84

**Novos textos, velhas leituras: o esvaziamento normativo da Constituição nas decisões do TST.** Introdução. 1. De *obiter dictum* a “lei geral”: a Constituição nas decisões do TST. 2. Possibilidades para o direito a partir da Constituição. Considerações finais: para ver a Constituição. Referências bibliográficas ... 96

**Impetração de mandado de segurança na justiça do trabalho em face de ato do empregador estatal.** 1. Considerações introdutórias. 2. O posicionamento da doutrina e da jurisprudência. 3. O “ato de autoridade”. 4. O “ato de gestão”. 5. O ato do empregador estatal como ato de autoridade pública. Conclusão. Referências ..... 112

**A Convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade, em face do direito interno brasileiro.** Introdução. 1. Atividade normativa da OIT: convenções e recomendações. 1.1. Conceito de convenção e de recomendação. 1.2. Classificação e natureza





jurídica das convenções. 1.3. Integração das convenções e recomendações no sistema jurídico interno dos Estados. 2. A Convenção n. 158. 2.1. Razões sociais e procedimentos para sua aprovação. 2.2. O teor da Convenção n. 158 em correlação com o da Recomendação n. 166. 2.3. Definição e métodos de aplicação. 2.4. Âmbito pessoal de aplicação. 2.5. Causas justificativas do término da relação de trabalho. 2.6. Procedimentos do término da relação de trabalho. 2.7. A reparação pelo término injustificado da relação de trabalho. 2.8. Disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. 3. Ratificação e denúncia pelo Estado brasileiro. 4. A questão de inconstitucionalidade da Convenção n. 158/OIT. Conclusões. Referências ..... 125

**A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva.** Introdução. 1. A execução perdeu eficácia quando passou a ser patrimonial. 2. Um princípio sob questionamento no próprio processo civil. 3. Compreendendo o princípio da execução menos gravosa no âmbito do processo civil. 4. A interpretação restritiva do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho – a evolução da doutrina trabalhista. 5. É o resultado social negativo que muda o paradigma teórico. 6. A doutrina pela não aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho. Conclusão ..... 142

**O princípio da boa-fé objetiva como balizador de condutas na relação de emprego.** Introdução. 1. Boa-fé objetiva como princípio de direito. Conceito. Histórico. 2. Boa-fé objetiva na relação de emprego. Fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Conclusão. Referências ..... 154

**O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista.** Introdu-

ção. 1. Os controles jurisdicionais de constitucionalidade e de convencionalidade. 1.1. Controle jurisdicional de constitucionalidade: histórico e modelos. 1.2. Origens e modelos de controle jurisdicional de convencionalidade. 2. O controle de convencionalidade no Brasil: questões constitucionais. 3. O controle de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista com parâmetro nas Convenções da OIT. Considerações finais. Referências bibliográficas ..... 165

**A “pejotização” da pessoa física, através da figura do microempresário individual: competência para julgamento.** Introdução. 1. O contexto que ocasionou a criação da figura do MEI. 2. A *mens legislatoris* da criação do MEI. 3. MEI: nunca uma “pessoa jurídica” foi tão física. 4. A competência, em caso de inexistência de fraudes: a questão da “relação de trabalho x relação de consumo” levada ao seu limite. Conclusão. Bibliografia ..... 187

**A prescrição: direito ou diretiva?** Introdução. 1. Exceção substancial: conceito e consequências. 1.1. Espécies de defesa: situando a exceção substancial e reafirmando as suas premissas. 2. Dos direitos subjetivos até a pretensão. 2.1. A imprescritibilidade das pretensões: decorrência da manutenção do direito subjetivo. 2.2. As espécies de ação processual e o critério científico para a distinção entre prescrição e decadência. 3. Prescrição de ofício: do direito até a diretiva. Considerações finais. Referências bibliográficas ..... 195

**Psicologia do acordo judicial trabalhista.** Introdução. 1. Aspectos psicológicos do advogado na negociação. 2. A postura esperada do advogado na negociação. 3. Aspectos psicológicos da parte na negociação. Considerações finais. Referências bibliográficas ..... 217

**A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo.** Introdução. 1. A litigância de má-fé. 2. O dever do estado de garantir a lealdade no processo. 3. Litigância de má-fé e a atuação do procurador. Conclusões. Referências ..... 227





## **Jurisprudência**

### **Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho ... 249

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da  
12ª Região ..... 256

Acórdão do tribunal Regional do Trabalho da  
15ª Região ..... 265

## **Sentença**

1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté ..... 273







